Der Kauf auf Umtausch

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau

vorgelegt von

Martin Woysch
preußischer Gerichtsreferendar.

Spezial-Druckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen, KG., Ohlau in Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau.

Berichterstatter: Oberlandesgerichtsrat Professor Dr. Schott.

Meinen Eltern in Dankbarkeit
und dem Andenken meines Bruders Johannes!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545821_0109

Inhaltsverzeichnis.

Seite.

Inhaltsverzeichnis . . . . . 1—2

Literaturverzeichnis . . . . . 3—8

A. Einleitung . . . . . 9—10

B. Auslegung der Umtauschklausel . . . . . 10—19

1) Tatbestand, Motiv und Interesse der Parteien an einem Kauf auf Umtausch . . . . . 10—11

2) Erfordernis einer ausdrücklichen Umtauschvereinbarung . 11—13

3) Die Umtauschfrist . . . . . 13—14

4) Die Vollziehung des Umtausches und das ius variandi. 14—15

5) Die Bestimmung des Ersatzgegenstandes . . . . 16—17

6) Der Preis des Ersatzgegenstandes . . . . . 17—19

C. Die rechtliche Natur des Kaufes auf Umtausch. Ueberblick über die Lösungsversuche . . . . . 19—71

I. **Der Umtausch kann nicht erzwungen werden** . . . 20—29

1. Die Umtauschklausel hat die rechtliche Bedeutung, daß sich der Käufer von dem abgeschlossenen Kauf zurückziehen kann. . . . . 20—26

Der Kauf auf Umtausch ist

a. ein Kauf auf Probe, ... 20—25

b. ein Kauf mit Rücktrittsklausel. . . . . 25—26

2. Die Umtauschklausel hat keine rechtlich verpflichtende Bedeutung. . . . . 26—29

Der Kauf auf Umtausch ist

a. ein unter der auflösenden Bedingung des Abschlusses eines neuen Kaufes geschlossener Kauf (Bedingungstheorie), ... 26—28

b. ein unter der auflösenden Bedingung des Abschlusses eines neuen Kaufes geschlossener Kauf auf Probe. 28—29

II. **Der Umtausch ist erzwingbar.** . . . . . 29—36
1. Der Kauf auf Umtausch zerfällt in zwei Verträge und ist . . . . . , 29—39
a. ein auflösend bedingter Kauf auf Probe mit einem pactum de emendo, ... 29—30
b. ein unter der auflösenden Bedingung des Abschlusses eines neuen Kaufes geschlossener Kauf mit einem pactum de vendendo, ... 30—36
c. ein unter der auflösenden Bedingung des Abschlusses eines Tauschvertrages geschlossener Kauf mit einem pactum de permutando . . . . . 36—39
2. Der Kauf auf Umtausch ist ein Kauf mit einer in der Umtauschklausel zu findenden Offerte des Verkäufers 40—45
a. auf Lieferung der zweiten Ware, ... 40—43
b. auf eine Schuldinhaltsänderung. . . . . 43—45
3. Der Kauf auf Umtausch ist ein einheitlicher Vertrag mit einem dem Käufer gewährten einseitigen Umtauschrecht. . . . . 45—63
Der Kauf auf Umtausch ist
a. ein Wahlschuldverhältnis mit Wahlrecht des Käufers als Gläubiger, ... 47—51
b. **ein Kauf mit Ersetzungsbefugnis des Käufers als Gläubiger.** . . . . . 52—63
III. **Einzelfragen.** . . . . . 63—71
1. Eigentumsübertragung. . . . . 63—64
2. Gefahrtragung. . . . . 65—67
3. Mängelhaftung. . . . . 67—70
4. Umtausch durch einen Dritten. . . . . 70—72

Literaturverzeichnis.

Achilles - Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 12. Aufl. Berlin und Leipzig 1927.

Andreä: Das Recht des Antragsempfängers. Diss. Erlangen 1913.

Archiv für die Zivilistische Praxis. Bd. 85, S. 202 ff., und Bd. 87 S. 77 ff.

Dietz von Bayer: Der Kauf auf Probe nach dem BGB. unter besonderer Berücksichtigung des Kaufes mit Umtauschklausel. Diss. Heidelberg 1909.

Bechmann: System des Kaufes nach gemeinem Recht. 1. Abtlg. Erlangen 1884.

Bernstein: Zur Lehre vom alternativen Willen. Berlin 1878.

Bernstein: Der Kauf auf Umtausch. Diss. Greifswald 1915.

Bosse: Die Ersetzungsbefugnis (facultas alternativa). Diss. Hamburg 1923.

Busch: Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handelsrechts. 11. Bd., S. 6 ff. und 23. Bd., S. 334.

Caro: Die Theorie der emtio ad gustum. Diss. Greifswald 1871.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Bd., 8. Aufl., Jena 1927.

Cramer: Der Abänderungsvertrag. Ein Beitrag zu der Lehre der nachträglichen, vertraglichen Inhaltsänderung eines bestehenden und fortbestehenden Schuldverhältnisses. Diss. Münster 1919.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 2. Bd. Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. II. 5. Aufl. 1897.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 1. und 2. Aufl. 1901; 3. Aufl. 1906; 4. Aufl. 1915.

Dechamps: Die obligatorischen Wahlschuldverhältnisse. Diss. Freiburg i. Br., 1921.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Bd. 2. Aufl. 1913.

Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. Bd., 1. und 2. Aufl. Berlin 1903.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1. Bd. Berlin 1903.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 2. Abtlg. 15. bis 17. Aufl. Marburg 1922.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts. 11. Bd. S. 437 ff.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. Lesung. Berlin 1888 und 2. Lesung, Berlin 1895.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. München 1927.
Gernsheim: Die Ersetzungsbefugnis (facultas alternativa) im deutschen bürgerlichen Recht. Diss. Marburg 1906.
Gotthelf: Ueber Kauf mit Vorbehalt des Umtausches. (Ein Beitrag zur Lehre von der facultas alternativa.) Diss. Erlangen 1898.
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 49 und Bd. 64.
Haidlen: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. 1. Bd. Stuttgart 1897.
Hellmann: Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Allgem. Teil. Freiburg i. Br. 1897.
Jahrbuch des Deutschen Rechtes. 23. und 25. Jahrg.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.
Ihering: Zivilrechtsfälle ohne Entscheidungen. 10. Jahrg. 1904.
Juristische Rundschau. 2. Jahrg. Nr. 19, S. 713, 715.
Juristische Wochenschrift. 1902. 1912. 1918. 1922. 1925. 1926.
Kraus: Der Kauf auf Umtausch. Diss. Münster 1922.
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung. Bd. 46, S. 550.
Kühne: Die Uebertragbarkeit von Gestaltungsrechten. Diss. Rostock 1929.
Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1. Bd. 2. Aufl. 1903.
Lange: Die Geschäfte auf Probe. Diss. Erlangen 1908.
Lasch: Der Kauf auf Umtausch. Diss. Köln 1926.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch. 2. Bd. 1901.
Lenel: Der Kauf mit Umtauschvorbehalt. In: JW. 1926. S. 1791.
Leonhard: Die Wahl bei der Wahlschuld, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte. In: Iher. Jahrb. f. Dogmatik. Bd. 41, S. 1 ff.
Levy: Der Kauf zur Probe. Berlin 1915.
Lindemann-Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 1923.

Litten: Die Wahlschuld im Deutschen bürgerlichen Rechte. Berlin 1903.
Lukanow: Der Kauf auf Probe nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Rostock 1903.
Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft. Bd. 19, Nr. 48, S. 203/204.
Meyer: Vertragsvollziehung oder Vertragsreproduktion. In: Arch. f. Ziv. Pr. Bd. 87, S. 77 ff.
Mittelhaus: Der Kauf auf Umtausch. Diss. Breslau 1917.
Moeller: Der Kauf auf Umtausch. Diss. Leipzig 1928.
Moritz: Kauf mit Vereinbarung und Verabredung des Umtausches. Diss. Greifswald 1915.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 2. Bd. Berlin und Leipzig 1888.
Muskat: Die Bedingung des reinen Wollens des Verpflichteten bei dem Kauf und bei anderen Verträgen. In: Gruch. Beitr. z. Erl. Bd. 49, S. 472 ff.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1. Bd. Berlin 1909.
Nipperdey: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag. Jena 1920.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Allgem. Teil. 3. Aufl. Berlin 1927.
2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse. 1. Abtlg. Berlin 1928.
Oertmann: Die Umtauschklausel. In: Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 71, S. 685 ff.
Oertmann: Die Bedeutung der Rücktrittserklärung. In: Seuff. Bl. f. RA. Bd. 69, S. 65 ff.
Oertmann: Der Kauf „mit Spezifikation"". Im: Arch. f. d. Ziv. Pr. Bd. 85, S. 202 ff.
Peskatore: Die sog. alternative Obligation. Marburg 1880.
Peskatore: Die Wahlschuldverhältnisse. München 1905.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 2. Bd. 3. Aufl. 1907; 2,1. Bd. 4. Aufl. 1914; 2,2. Bd. 4. Aufl. 1928.
Philipsborn: Begriff und Anwendungsfälle der Rückwirkung. In: Gruch. Beitr. Bd. 64, S. 10 ff.
Pietrkowski: Der Kauf auf Umtausch. Diss. Breslau 1920.
Priester: Der Kauf auf Umtausch. Diss. Göttingen 1923.
Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand. 1907, S. 1257 Nr. 3066.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. 2. Bd. S. 502, Nr. 196 a; 8. Bd. S. 56/57; 20. Bd. S. 166.

Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 6. Aufl.. 1. und 2. Bd. Berlin und Leipzig 1928.

Regelsberger: Alternativobligation und alternative Ermächtigung des Gläubigers. In: Iherings Jahrb. für Dogmatik, Bd. 16, S. 159 ff.

Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Bd. Berlin 1903.

Riebow: Der Kauf auf Umtausch. In: „Rechtswissenschaftliche Studien", Heft 21, 1924.

Ritter: Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1910.

Roh: Das sog. ius variandi des Schuldners bezw. des Gläubigers bei alternativen Vertragsobligationen. Diss. Greifswald 1894.

Rosenthal: Bürgerliches Gesetzbuch. 12. Aufl. Berlin 1929.

Rund: Zur Frage der Gestaltungsrechte. Diss. Rostock 1904.

Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. 7, S. 218 und Bd. 10, S. 517.

Sächsisches Archiv für Rechtspflege. 6. Jahrgang. Leipzig. 1911, S. 542 Nr. 51.

Sardemann: Der Schuldabänderungsvertrag nach § 305 BGB. Diss. Marburg 1921.

Seckel: Die Gestaltungsrechte. In der Festgabe der Juristischen Gesellschaft für Dr. Richard Koch, Berlin 1903, S. 205 ff.

Seeger: Ueber den Tausch. Diss. Rostock 1890.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 29, 56, 61.

Seuffert: Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 69, S. 65 ff,; Bd. 71, S. 685 folgende.

Siber: Kritik über Littens „Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Rechte" 1903. In der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 46, S. 526 ff.

Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1903.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. 1926.

Soergel: Jahrbuch des Zivilrechts. Stuttgart 1927.

Springer: Der Kauf nach deutschem Rechte. Leipzig 1906.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 3. Bd. Berlin u. Leipzig 1926.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. u. 13. Aufl., 4. Bd., Berlin u. Leipzig 1927.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. 2. Bd. 2. Teil. 9. Aufl. 1928, 1. Bd. 9. Auflage 1925.
Stölzle: Gerichtliche Entscheidungen des ersten Jahrzehnts des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Viehkauf. Mainz 1910.
Stölzle: Viehkauf (Viehgewährschaft) nach Bürgerlichem Gesetzbuch und ausländischem Recht. Berlin und Leipzig 1926.
Striethorst: Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind; 3. Folge. Bd. 77. S. 308. Nr. 58.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1910—1918.
Wächter: Handbuch des Württembergischen Privatrechts. Bd. 2. Stuttgart 1842.
Warneyer: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, 1. Aufl. 1923. 5. Aufl. Leipzig 1928.
Weißmann: Abgrenzung zwischen Gattungs- und Wahlschuld. Diss. Erlangen 1906.
Weitz: Die facultas alternativa. Diss. Erlangen 1904.
Wrede und Oehmke: Recht und Unrecht im Pferde- und Viehhandel. Berlin 1919.
Zitelmann: Internationales Privatrecht. Leipzig 1897—1912.

A.

Einleitung.

Im Verkehrsleben, das von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit[1] beherrscht wird, erscheint als eines der wichtigsten Rechtsgeschäfte der Kauf. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat daher —der verschiedenen Ausgestaltung des Kaufgeschäftes entsprechend — neben dem eigentlichen Kauf auch einige mit ihm zusammenhängende Arten besonders geregelt. So finden wir im § 455 den Kauf mit Eigentumsvorbehalt, im § 494 den Kauf nach Probe, in den §§ 495 ff. den Kauf auf Probe, in den §§ 497 ff. den Wiederkauf und in den §§ 504 ff. den Vorkauf.

Eine nicht unerhebliche Rolle im modernen Wirtschaftsleben spielt aber auch der Kauf auf Umtausch, welcher eine gesetzliche Regelung bisher jedoch nicht erfahren hat. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält auch keine Bestimmung, durch deren analoge Anwendung man diese Lücke ausfüllen könnte. Man kann auch nicht trotz seines häufigen Vorkommens entgegen der Ansicht von Gotthelf[2] bei einem solchen Rechtsgeschäft, „wie es der Verkehr tausendfach mit sich bringt", und das er nur untersuchen will, um es auf die ihm zugrunde liegenden Begriffe zurückzuführen, von dem Bestehen von gewohnheitsrechtlichen Normen sprechen. Denn „von einer einheitlichen, von der Rechtsanschauung des Verkehrs getragenen Uebung und Anwendung bestimmter Rechtssätze kann keine Rede sein".[3] Eine Verkehrssitte, um die es sich dann allein handeln könnte, ist aber nicht Rechtsquelle, sondern „nur eine Erkenntnisquelle für den Willen der Parteien und damit für die rechtliche Bestimmung einer vom Verkehr getragenen Erscheinungsform".[4]

1) RG. Bd. 53, S. 297; Bd. 57, S. 250; Reichel „Gewillkürte Haftungsbeschränkung" S. 8 Anm. 1 gebraucht die Bezeichnung „Gestaltungsfreiheit", weil „Vertragsfreiheit die Freiheit sei, Verträge zu schließen; Gestaltungsfreiheit dagegen die Füglichkeit, durch Rechtsgeschäft (nicht durch Vertrag) den Inhalt von Rechtsverhältnissen nach eigenem Gutbefinden zu gestalten".

2) Gotthelf, S. 7.

3) Riebow, S. 2; Mittelhaus, S. 12; Bernstein, S. 12; Lasch, S. 40.

4) Lasch, S. 40.

Zwar haben sich zahlreiche Erkenntnisse mit dem Kauf auf Umtausch zu beschäftigen gehabt, zwar hat auch besonders in letzter Zeit die Literatur diesem Geschäft die ihm gebührende Aufmerksamkeit geschenkt, doch ist eine Einigung über das Wesen dieses interessanten Rechtsgebildes, bei dem uns die Quellen im Stich lassen, bisher nicht erzielt worden. Man könnte bei den zahlreichen, schnell wechselnden Meinungen über den Kauf auf Umtausch geneigt sein, dem Worte Kants Bedeutung über seinen ursprünglichen Bereich beizulegen, das sagt: „Die philosophischen Erkenntnisse haben mehrenteils das Schicksal der Meinungen und sind wie die Meteore, deren Glanz nichts für ihre Dauer verspricht."[5] Umso interessanter und gerechtfertigter muß daher ein weiterer Beitrag zu der so heiß umstrittenen rechtlichen Natur des Kaufes auf Umtausch an der Hand des in Rechtsprechung und Schrifttum gebotenen Materials erscheinen.

B.

Auslegung der Umtauschklausel.

1) Tatbestand, Motiv und Interesse der Parteien an einem Kauf auf Umtausch.

Der einfache Tatbestand des Kaufes auf Umtausch ist folgender: Es schließt jemand über einen bestimmten Gegenstand einen Kaufvertrag und behält sich vor, diesen gegen einen anderen umzutauschen.

Wenn es den Parteien auch überlassen bleibt, weitere besondere Nebenabreden zu treffen, deren oft „trügerischer, unexakt gefaßter Wortlaut" gemäß §§ 133, 157 BGB. zur Abgrenzung von ähnlichen Rechtsgeschäften auszulegen ist,[1] so soll Gegenstand dieser Untersuchung lediglich der Fall sein, in dem ein Kauf mit Umtauschklausel vereinbart ist.

Der Beweggrund, eine solche Vereinbarung zu treffen, wird gewöhnlich darin zu finden sein, daß der Käufer in vielen Fällen bei Abschluß des Kaufes noch nicht mit Bestimmtheit beurteilen kann, ob der gewählte Kaufgegenstand völlig zur Erzielung des mit dem Geschäft bezweckten Erfolges geeignet sein wird. Er hat aber doch ein Interesse daran, den Gegenstand sofort zu erwerben,

5) cit. v. Plum, in: JW. 1925, S. 2563.

1) Crome, § 225 Anm. 17; siehe auch RG. in JW. 1912, 28 Nr. 9.

da er unter Umständen, insbesondere wenn er ihn für einen Dritten besorgen soll oder ihn als Geschenk bestimmt hat, Gefahr laufen kann, den Gegenstand später nicht mehr beim Verkäufer vorzufinden und verabredet infolgedessen mit diesem die Möglichkeit des Umtausches. Der Käufer will sich also lediglich bezüglich der Kaufsache einen Vorbehalt machen, zur Entrichtung des Kaufpreises aber in jedem Falle verpflichtet sein.

Das Interesse des Verkäufers andererseits geht darauf, unter allen Umständen einen Umsatz und den damit verbundenen Gewinn zu erzielen. Er zeigt dem Käufer also ein besonderes Entgegenkommen, übernimmt aber auch gleichzeitig die Verpflichtung zur eventuellen Lieferung einer anderen Sache.

Hieraus ergibt sich schon, daß der Kauf auf Umtausch im Gegensatz zu bedingten Käufen, wie dem „Kauf auf Probe" einerseits, zu offenen Vertragsanträgen wie der „Sendung zur Auswahl" andererseits, ein fest und unbedingt geschlossener Kaufvertrag ist.

Lenel vertritt die nicht zu billigende Ansicht, das Interesse des Käufers gehe nur dahin, von dem abgeschlossenen Kaufvertrage gegen Rückgabe des Gegenstandes loskommen zu können, ein Anspruch auf eine anderweite Ware aus dem Vorrat des Verkäufers liege nicht im Interesse des Käufers, weil dieser „mit voller Gewißheit" darauf rechnen könne, daß der Verkäufer ihm für die zurückgegebene Sache jede beliebige Ware seines Lagers verkaufen werde.[2] Diese Auffassung mag zwar oft zutreffen, doch wird sie dem Wesen des Umtauschkaufes, der, wie wir sehen werden, dem Käufer einen klagbaren Anspruch auf Vertragserfüllung, nämlich auf Lieferung einer anderen Sache, gibt, nicht gerecht, ja sie widerspricht direkt seinem Grundgedanken.[3]

2) Erfordernis einer ausdrücklichen Umtauschvereinfachung.

Ist es nun erforderlich, in jedem Falle eine ausdrückliche Umtauschvereinbarung zu treffen, oder kann man eine solche als stillschweigend vereinbart annehmen? Die Ansichten hierüber gehen auseinander. Während Bernstein,[4] Mittelhaus[5] und

2) Lenel in JW. 1926, S. 1791, 4. Hierbei hat Lenel den Fall im Auge, wo die Umtauschklausel einfach auf „Umtausch" ohne Spezialisierung des Ersatzgegenstandes lautet, während er bei Vereinbarung eines Umtausches gegen einen bestimmten Ersatzgegenstand die Möglichkeit der Sicherung dieser zweiten Ware durch den Käufer zugibt.

3) Vgl. Riebow, in: Jur. Rundschau Nr. 19, S. 713, 715.

4) Bernstein, S. 13.

5) Mittelhaus, S. 12.

Moeller[6] der Meinung sind, die Abrede des Umtauschrechts könne als stillschweigend vorausgesetzt angesehen werden, sofern nicht besondere Umstände diese Annahme ausschließen, lehnen Riebow und Lasch[7] diesen Standpunkt „als mit den Interessen des Verkäufers und einem ordnungsmäßigen Geschäftsbetrieb überhaupt nicht vereinbar" ab. Die Fälle, in denen eine Umtauschvereinbarung als stillschweigend vereinbart angesehen werden müsse, bezeichnen sie als Ausnahme von der Regel.

Man wird immer dann eine stillschweigende Umtauschabrede annehmen können, wenn die Vertragsauslegung, die durch das gesamte Verhalten der Parteien beim Vertragsschluß und durch die begleitenden Umstände, in Sonderheit aber durch die Verkehrssitte und den Zweck des Geschäfts bedingt ist, eine solche ergibt.

Es besteht auch eine in weitem Umfange ausgeübte Verkehrssitte, nach der beim Abschluß eines Kaufvertrages eine Umtauschklausel stillschweigend zum Vertragsbestandteil gemacht wird. So tragen z. B. die Kassenzettel größerer Geschäfte, im besonderen der Warenhäuser, häufig den Vermerk: „Umtausch nur bei Vorlegung dieses Kassenzettels". Aus dieser Bemerkung ist ersichtlich, daß der Verkäufer hier ohne weiteres mit der Möglichkeit des Umtausches der verkauften Sache rechnet und grundsätzlich auch dazu bereit ist, nur will er den Nachweis des Preises und der Herkunft des Gegenstandes aus seinem Warenlager erbracht haben. Dem Käufer ist diese Bereitwilligkeit des Verkäufers aus seiner Lebenserfahrung regelmäßig bekannt. Auch er hält beim Vertragsschluß einen etwaigen Umtausch für selbstverständlich, und infolge dieser beiderseitigen Uebereinstimmung wird die Möglichkeit des Umtausches stillschweigend zum Vertragsbestandteil erhoben.

Diese Verkehrssitte besteht jedoch nicht uneingeschränkt, sie wird nur bei der Veräußerung von solchen Gegenständen geübt, bei denen der Verkäufer durch eine bei der Rückgabe der Kaufsache leicht vorzunehmende Untersuchung feststellen kann, ob diese etwa inzwischen verschlechtert worden ist. Denn der Verkäufer, der sich zum Umtausch bereit erklärt, zeigt dieses Entgegenkommen regelmäßig nur, wenn für ihn damit weder ein Risiko noch eine besondere Mühewaltung oder gar Kosten verbunden sind. Daher gilt in den Fällen, bei denen eine Prüfung auf Schwierigkeiten stößt, die oben genannte Verkehsitte nicht.

---

6) Moeller, S. 5.
7) Riebow, S. 4; Lasch, S. 6.

Man denke z. B. daran, daß Gegenstand des Kaufes ein lebender Vogel ist. Während bei toten Sachen eine Verschlechterung im allgemeinen leicht zu Tage tritt, ist eine solche bei Lebewesen oft nur schwer erkennbar. Krankheiten kommen meist erst nach kürzerer oder längerer Inkubationszeit zum Vorschein. Die Rücknahme eines Tieres birgt daher eine für den Verkäufer verhältnismäßig große Gefahr in sich. Er ist deshalb zu einem späteren Umtausch in der Regel nicht bereit, und nur selten wird daher ein Tierkauf mit Umtauschklausel geschlossen. Beim Verkauf von Tieren kann mithin auch aus der Verkehrssitte eine stillschweigende Umtauschabrede nicht entnommen werden.

3) Die Umtauschfrist.

Wie steht es nun, falls eine besondere Abrede nicht getroffen worden ist, mit der Zeitdauer der Umtauschbefugnis? Mit Redewendungen wie: „Der Umtausch ist natürlich jederzeit gestattet" ist man in den Geschäften schnell bei der Hand und will damit doch nur eine besondere Zuvorkommenheit ausdrücken, ohne damit dem Kunden den Umtausch wirklich zu jeder Zeit, vielleicht auch noch nach Monaten oder Jahren, einzuräumen. Nach den Verkehrsanschauungen des Geschäftslebens ist vielmehr sowohl bei Fehlen einer besonderen Fristbestimmung als auch bei Vereinbarung „jederzeitigen" Umtausches davon auszugehen, daß der Zeitraum, innerhalb dessen man den gekauften Gegenstand umtauschen kann, stets beschränkt ist und nach Art des abgeschlossenen Geschäftes verschieden bemessen werden muß. Es soll dem Käufer kein zeitlich unbegrenztes Recht eingeräumt, sondern nur eine angemessene Frist zur Prüfung des Gegenstandes gegeben werden. Er soll in Ruhe überlegen dürfen und sich nicht schon beim Aussuchen im Laden entschließen müssen, ob er die ausgewählte Sache behalten wolle oder nicht. Wieviel Zeit er zu solcher Prüfung nötig hat, läßt sich nicht nach allgemeinen Regeln bestimmen, dies muß sich jeweils aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles ergeben. Die Entscheidung des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 4. 5. 1903[8] führt dies an Hand von treffenden Beispielen näher aus.

---

8) OLG. Bd. 8, Nr. 4, S. 56/57; ebenso Oertmann in Seuff. Bl.f.R.A. Bd. 71, S. 699; Bernstein, S. 81; Lasch, S. 100; Riebow, S. 71/72; Moeller, S. 6/7; Dietz v. Bayer S. 21; Urt. d. OLG. Celle v. 6. Oktober 1909 in Rspr. d. OLG. Bd. 20, S. 166; Mittelhaus, S. 19; Düringer-Hachenburg S. 239, Anm. 290 Abs. 2; Wrede und Oehmke, S. 22 A 3 b.

Oertmann[9] will analog der Vorschrift des § 355 BGB. dem Verkäufer das Recht zubilligen, dem Käufer eine angemessene Frist für die Ausübung des Umtausches zu bestimmen, nach deren fruchtlosen Ablauf dann das Recht zum Umtausch ohne weiteres erlöschen würde. Man wird gegen diese Konstruktion nichts einzuwenden haben, wenn sie auch lediglich theoretische Bedeutung haben dürfte. Denn die angemessene Frist beginnt und endigt automatisch, auch ohne eine besondere Ankündigung durch den Verkäufer.

Riebow[10] verkennt die Ansicht Oertmanns, wenn er glaubt, daß bei Zugrundelegung dieser Auffassung „der Käufer noch nach vielen Jahren umtauschen könne, wenn keine Umtauschfrist vereinbart und der Verkäufer keine Frist gesetzt habe." Oertmann verlangt von dem Verkäufer keinesfalls eine Fristsetzung, sondern gibt ihm mit den Worten „demnach kann ..." lediglich das Recht, dem Käufer eine Frist zu setzen, wobei er dann allerdings die Vorschrift des § 355 BGB. entsprechend anwenden will. Er stimmt im Gegenteil mit der „vortrefflichen Entscheidung" des Oberlandesgerichts Dresden, die auch Riebow teilt, vollkommen überein.[11]

4. Die Vollziehung des Umtausches und das ius variandi.

Die Vollziehung des Umtausches hat, wie aus dem Wesen des „Umtausches" zu schließen ist, dadurch zu erfolgen, daß der Käufer Zug um Zug gegen Uebergabe des von ihm als Ersatz gewählten Gegenstandes die erste Kaufsache dem Verkäufer zurückgibt. Nach Priester[12] stehen das Recht auf Rückgabe und das Recht auf Lieferung der Eintauschsache in einem Bedingungsverhältnis, während Bernstein[13] beide Rechte als so „voneinander abhängig ansieht, daß die Ausübung des einen Rechts die Ausübung des anderen Rechts fordere".

---

9) Oertmann, a. a. O. S. 699; Mittelhaus, S. 19; Moritz, S. 41.

10) Riebow, S. 71.

11) Riebow, S. 72 glaubt, daß auch Gotthelf S. 39 bei der Einräumung „jederzeitigen Umtausches" annehme, daß der Verkäufer jederzeit zum Umtausch verpflichtet sei. Gotthelf dürfte aber mit seiner Ausführung „bei einigen großen Warenhäusern, die grundsätzlich den Umtausch jederzeit erlauben" das Bestehen einer jahrelangen Umtauschverpflichtung nicht in Betracht gezogen haben; er wollte nur zum Ausdruck bringen, daß diese Warenhäuser längere Umtauschfristen bewilligen, die „über das übliche Maß kaufmännischer Kulanz noch hinausgehen".

12) Priester, § 2.

13) Bernstein, S. 15; Mittelhaus, S. 12.

Lasch[14] erwähnt in diesem Zusammenhange die Uebereignung der Kaufsache als constitutum possessorium gemäß § 930 BGB., wonach der Käufer, da er die gekaufte Sache nicht im Besitz hat, diese dem Verkäufer auch nicht zurückgeben könne. Er gibt aber selbst zu, daß die Vereinbarung eines Besitzkonstituts dem eigentlichen Zweck der Umtauschabrede — Prüfung des gekauften Gegenstandes zu dem beabsichtigten Zweck — gerade zuwiderlaufen würde.

Oertmann[15] will es auf die Besonderheit der Einzelfälle abstellen, ob der Käufer beim Empfang der Ersatzware auch seinerseits dem Verkäufer die zuerst gekaufte Sache zurückgeben müsse. Er bejaht diese Verpflichtung nur „im Zweifel" und bei Käufen gegen bar, weil „hier nicht der Fall danach angetan sei, ein solches Maß von Vertrauen in die Person des Käufers als beim Verkäufer vorhanden zu unterstellen, wie es in der Uebergabe der Ersatzware an den Käufer unter gleichzeitiger Belassung der ersten bei ihm zu finden sein würde". Man wird aber mit Riebow[16] diese Ansicht ablehnen und in jedem Falle den Käufer bei Verlangen der Eintauschsache auch zur gleichzeitigen Rückgabe der ersten Sache für verpflichtet halten müssen.

Hierbei macht es auch keinen Unterschied, ob der Verkäufer etwa den Kaufpreis dem Käufer gestundet hat. Im Gegenteil ist gerade in diesem Falle der Käufer gehalten, die zuerst gekaufte Ware dem Verkäufer beim Umtausch zurückzugeben, da man diesem billiger Weise nicht wird zumuten können, seine Lage noch weiter zu verschlechtern.

Der Käufer hat sich seines Rechtes auf Umtausch begeben, sobald er die erste Sache zurückgegeben hat und die zweite Ware vom Verkäufer verlangt. In diesem Augenblick tritt die Eintauschsache an die Stelle der ersten Ware, diese hört auf, geschuldet zu sein.[17] Der Käufer kann seine Erklärung nicht mehr zurücknehmen und auf die

---

14) Lasch, S. 9; auch Moeller, S. 67 deutet diese Möglichkeit an; ebenso bejaht sie Riebow S. 7/8 und bezeichnet die Ansicht, die als unbedingtes Erfordernis des Umtauschkaufs die körperliche Uebergabe der Sache verlange, als verkehrt. Wenn auch die formell-juristische Möglichkeit der Eigentumsübertragung nach § 930 BGB. beim Kauf auf Umtausch zugegeben werden soll, wird diese praktisch kaum vorkommen, da der Umtauschkauf gewöhnlich als ein Handkauf abgeschlossen wird.

15) Oertmann, a. a. O. S. 698.

16) Riebow, S. 7 Anm. 4.

17) Moeller, S. 65; Priester, S. 74; Gotthelf, S. 39/40.

erste Sache zurückgreifen. Er ist vielmehr an seine Erklärung gebunden und damit ist auch sein Umtauschrecht erloschen.[18]

5) Die Bestimmung des Ersatzgegenstandes.

Welche Möglichkeiten dem Käufer bei der Auswahl des Ersatzgegenstandes zustehen, wird auf die besonderen Umstände des Einzelfalles ankommen. Haben sich Verkäufer und Käufer bereits bei Abschluß des Kaufvertrages über einen individuell bestimmten Gegenstand geeinigt, so kann sich der Umtausch auch nur auf diese Ware beziehen. Der Verkäufer wäre dann allerdings auch verpflichtet, diesen Gegenstand für den Käufer bis zum Ablauf einer angemessenen Umtauschfrist aufzuheben. In allen anderen Fällen muß unterstellt werden, daß der Verkäufer trotz des zu erwartenden Umtausches freie Verfügungsbefugnis über seine Waren behält und sich nicht etwa jeder Veräußerung der Ersatzware zu enthalten hätte.

Zweifelhaft wird die Frage, wenn eine Vereinbarung über die Eintauschsache nicht getroffen worden ist. In diesem Falle kann es sich nur darum handeln, ob der Käufer in seiner Wahl insofern beschränkt ist, als er die neue Sache nur aus der betreffenden Gattung auswählen oder ob sich seine Wahl auch auf einen beliebigen Gegenstand aus dem Warenlager des Verkäufers erstrecken darf.

Wenn die Vertreter der ersten Ansicht[19] grundsätzlich die Beschränkung der Auswahl aus der Gattung und den Absichten der Parteien entnehmen wollen, so dürfte m. E. in den meisten Fällen der Wille der Parteien dahin gehen, daß dem Käufer sein Umtauschrecht auf jede beliebige in dem gesamten Warenlager des Verkäufers vorhandene Sache vorbehalten sein soll.[20] Diese Absicht nur

18) Lasch, S. 11, will in analoger Anwendung von § 465 BGB. den Umtausch dann als vollzogen ansehen, sobald sich der Verkäufer auf Verlangen des Umtauschberechtigten, nachdem dieser die auf Umtausch gekaufte Sache zur Rücknahme angeboten hat, mit dem Umtausch einverstanden erklärt. Diese Erklärung des Verkäufers ist aber gar nicht erforderlich, denn der Verkäufer kann ja auf Grund der Umtauschklausel auch gegen den Willen des Verkäufers die zweite Sache verlangen.

19) Riebow, S. 10; Bernstein, S. 19; Lange, S. 28; Mittelhaus, S. 15/16; dieser hält den Umtausch auf jede beliebige Sache „am verbreitetsten' und vertritt diese Auffassung insbesondere bei Ausstellung eines Gutscheins; ebenso Moeller S. 9, der in kleineren Geschäften des Einzelhandels lediglich den Umtausch mit einer Ware der gleichen Gattung zulassen will.

20) So auch Lasch, S. 15; Priester, S. 83; Pietrkowski, S. 56.

bei Käufen in Warenhäusern[21] anzunehmen, dürfte nicht zutreffen, denn dem Verkäufer wird es in der Regel gleichgültig sein, ob der umtauschberechtigte Käufer sich eine Sache aus der betreffenden Gattung aussucht oder eine andere beliebige wählt; ihm ist es in der Hauptsache darum zu tun, daß sein Umsatz gesichert bleibt.

Anders ist nur dann zu entscheiden, wenn bei den Kaufverhandlungen bereits eindeutig zum Ausdruck gekommen ist, daß der Käufer die Eintauschsache aus einer bestimmten Gattung zu wählen habe. Dann hat er allerdings keinen Anspruch auf eine Ware aus einer anderen Gattung.

Dem Verkäufer ohne eine besondere Vereinbarung unter Umständen eine Verpflichtung aufzuerlegen, auch eine nicht zum Warenbestande des Verkäufers gehörige Sache dem Käufer erst zu verschaffen, wie Bernstein[22] es will, halte ich mit den Interessen des Verkäufers nicht vereinbar. Sein Entgegenkommen kann nicht dahin führen, ihm zuzumuten, noch weitere „Mühe und Unkosten" aufzuwenden, um die zweite Ware erst selbst anzuschaffen.[23]

Findet der Käufer keine ihm zusagende Eintauschware am Lager des Verkäufers, so muß es mit dem zuerst gekauften Gegenstand sein Bewenden haben, und der Käufer geht damit seines Rechtes auf Umtausch verlustig.

6) Der Preis des Ersatzgegenstandes.

Eine eng mit der Auswahl des Ersatzgegenstandes zusammenhängende Frage ist die nach seinem Preise. Hat sich der Umtausch auf einen individuell bestimmten Gegenstand zu erstrecken, so wird der Verkäufer bereits beim Kaufabschluß über die erste Sache dem Käufer den Preis für die Eintauschsache, mag er dem Preise der ursprünglichen Ware entsprechen, mag er höher oder niedriger sein, genannt haben.

Ist eine Vereinbarung über den Gegenstand des Umtausches nicht getroffen worden, so hat der Käufer einen Gegenstand zu wählen, der im Zweifel denselben Preis wie die erste Ware aufzuweisen hat. Da aber die dem Käufer zusagende Ware oft im Preise von der ersten abweichen wird, so wird man dem Käufer auch die

21) Diese Ansicht vertreten die in Anm. 19 genannten; Lange, S. 28 will hier den Umtausch auf Waren derselben Geschäftsstelle oder derselben Abteilung beschränken.

22) Bernstein, S. 19.

23) So auch Riebow, S. 10; Mittelhaus, S. 16; Lasch, S. 16; Pietrkowski, S. 57; Gotthelf, S. 10; Priester, S. 8; Moeller, S. 10.

Wahl einer teureren oder billigeren Ware gestatten müssen.[24] Ist der Gegenstand teuerer, so liegt dieser Umtausch ja nur im Interesse des Verkäufers. Der Käufer hat dann nicht nur die Kaufsache, für die er den Kaufpreis bereits entrichtet hat und der auf den Preis der Eintauschsache angerechnet wird[25], zurückzugeben, sondern er hat auch die Preisdifferenz dem Verkäufer sofort nachzuzahlen.

Ob bei einer Stundung des Kaufpreises auch der Differenzbetrag als gestundet gilt, wird verschieden beurteilt. Während die einen[26] die Frage bejahen, wird nach anderer Ansicht[27] die Differenz sofort fällig.[28]

M. E. kann man nicht aus der Tatsache der Stundung des Kaufpreises zum Nachteil des Verkäufers schließen, daß nunmehr dem Käufer auch ein Anspruch auf Stundung des Differenzbetrages zustehen soll. Das gilt im besonderen Maße für einen dem Verkäufer gewöhnlich ganz unbekannten Dritten, der den Umtausch begehrt, da die Stundungsabrede auf einem Vertrauensverhältnis von Verkäufer und Käufer beruhen wird.[29]

Wählt der Umtauschberechtigte einen Ersatzgegenstand, der im Preise geringer ist als die auf Umtausch gekaufte Sache, so verbleibt in jedem Falle dem Verkäufer der bereits gezahlte Kaufpreis bezw. sein Anspruch auf Zahlung des Wertes der zuerst gekauften Sache. Der Käufer kann nicht etwa verlangen, daß ihm die Differenz bar zurückgezahlt wird.[30]

Die Preisdifferenz gibt ihm aber das Recht, sich in dieser Höhe

---

24) Nach dem RGRKomm. zu § 495 Anm. 4 S. 103/104 könne der Käufer nur einen anderen Gegenstand „zu gleichem oder höherem Preise" kaufen.

25) Moeller, S. 11.

26) Bernstein, S. 21; Mittelhaus, S. 17; Pietrkowski, S. 54; Kraus, S. 10.

27) Lange, S. 28; Lasch, S. 18; Moeller, S. 12.

28) Oertmann a. a. O. S. 698 und Riebow S. 11 Anm. 9 stellen die Frage darauf ab, ob die Preisdifferenz gering oder erheblich ist; im ersten Falle soll dem Käufer auch die Differenz gestundet sein, während er bei größerem Preisunterschied diesen bar zu zahlen hat. Ebenso im Ergebnis Priester, S. 9.

29) Oertmann, a. a. O. S. 698; Lasch, S. 18.

30) Für die Preisfestsetzung der Ersatzware ist nach Riebow, S. 78, 81 bei Preisschwankungen mit Rücksicht auf die Geldentwertung „ein Preis anzurechnen, der nach den jetzt entstandenen Verhältnissen dem seinerzeitigen Kaufpreis entspricht". Moeller, S. 80 vertritt den zu billigenden Standpunkt, daß es bei Preisschwankungen nicht auf den Wert der Kaufsache, sondern auf den gezahlten Kaufpreis ankomme.

eine andere Ware aus dem Warenlager des Verkäufers auszusuchen.[31]

Bernstein und Moeller,[32] die eine Verpflichtung des Verkäufers, dem Umtauschberechtigten neben der Eintauschsache noch einen anderen Gegenstand in Höhe der Preisdifferenz zu liefern, ablehnen, kann nicht zugestimmt werden. Beide wollen eine solche Verpflichtung nur dann für vorliegend erachten, wenn dem Käufer ein Gutschein[33] für die Preisdifferenz ausgehändigt worden ist, sonst verfalle diese ohne weiteres dem Verkäufer.

Das würde aber nicht nur eine große Unbilligkeit dem Käufer gegenüber, sondern auch eine ungerechtfertigte Bereicherung des Verkäufers auf Kosten des Käufers bedeuten.[34]

Aus der Klausel „Umtausch gestattet" ist nicht zu folgern, daß der Umtausch nur gegen einen einzigen anderen Gegenstand erlaubt sein solle, das hieße den Worten Gewalt antun. Sollte allerdings der Käufer für die Differenz keine passende Ware finden, dann, aber erst dann, hätte er die Preisdifferenz zu tragen; doch dürfte dieser Fall kaum praktisch werden. Diese Auslegung dürfte auch der Absicht der Parteien und den Anschauungen des Geschäftsverkehrs entsprechen.

C.

Die rechtliche Natur des Kaufes auf Umtausch.

Ueberblick über die Lösungsversuche.

Nachdem der Begriff eines Kaufes auf Umtausch in seiner besonderen Eigenart dargestellt worden ist, gilt es, für diesen Tat-

32) Bernstein, S. 21; Moeller, S. 14.

31) Lange, S. 29; Mittelhaus, S. 18; Pietrkowski, S. 10; Riebow, S. 12; Kraus, S. 7.

33) Moeller, S. 13; Anm. 13 geht soweit zu sagen, daß die Entwicklung in der Wirtschaft in absehbarer Zeit dahin führen werde, in allen Fällen die Ausstellung eines Gutscheins zu erzwingen! Mag auch die Ausstellung eines Gutscheins dann jeden Zweifel hinsichtlich der Verpflichtung des Verkäufers ausschließen, so wird man einen Verkäufer, der dem Käufer durch die Umtauscheinräumung schon weit entgegengekommen ist, niemals für verpflichtet halten können, diesem auch noch einen Gutschein auszustellen. Wenn der Käufer für die erste Ware mehr gezahlt hat als die Eintauschsache wert ist, so hat der Käufer auch ohne einen solchen Gutschein, dessen Ausstellung eine weitere Mühewaltung für den Verkäufer bedeuten würde, Anspruch auf eine zweite Ware im Werte der Preisdifferenz.

34) Riebow, S. 12; Lasch, S. 18.

bestand eine rechtliche Konstruktion zu finden, die nicht nur den Interessen der Parteien — Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises ohne Rücksicht auf die Umtauschklausel und Anspruch des Käufers auf Lieferung einer anderen Ware aus dem Warenlager des Verkäufers — sondern auch den Bedürfnissen des Verkehrs „im weitesten Maße entgegenkommt".[1]

Die Ansichten, die man beim Kauf auf Umtausch unterscheiden kann, lassen sich in zwei Hauptgruppen teilen. Die einen sprechen der Umtauschklausel eine rechtliche Bedeutung insofern ab, als nach ihnen der Käufer das Recht auf Umtausch nicht erzwingen kann, während die zweite Gruppe dem Umtauschberechtigten einen erzwingbaren Anspruch auf Umtausch zubilligt. Innerhalb dieser Hauptgruppen bestehen dann wieder eine Reihe von Theorien, deren jede der rechtlichen Natur des Umtauschkaufes gerecht zu werden versucht.

I. Der Umtausch kann nicht erzwungen werden.

1) Die Umtauschklausel hat die rechtliche Bedeutung, daß sich der Käufer von dem abgeschlossenen Kauf zurückziehen kann.

Die Theorien, daß der Kauf auf Umtausch ein Kauf auf Probe oder ein Kauf mit Rücktrittsklausel sei, sind die ältesten Konstruktionen, die sich aus der Zeit des Preußischen Allgemeinen Landrechts in das Schrifttum und die Rechtsprechung Eingang verschafft haben.

a) Der Kauf auf Umtausch ist ein Kauf auf Probe.

So führt das Appellationsgericht in Hamm in den Entscheidungsgründen eines Urteils vom 7. 4. 1870[2] folgendes aus: „Ein Kauf auf Probe . . . ist auch dann vorhanden, wenn es der Entschließung des Käufers überlassen ist, die Ware zu behalten oder zurückzugeben. Diese Wirkung eines solchen Kaufgeschäftes wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die vom Käufer abgelehnten Waren sollen umgetauscht werden dürfen. Denn da dieser Umtausch nicht nur voraussetzt, daß der Verkäufer dem Käufer solche Waren, welche diesem genehm sind, zum Umtausch wirklich darbietet, sondern auch eine Vereinbarung der Kontrahenten über den Preis erfordert, zu welchem dem Käufer die anderweit von ihm ausgewählten Waren überlassen werden sollen, so würde — wenn die dem Käufer eingeräumte Befugnis, die Ware zu behalten oder zurückzugeben, von dem wirklich erfolgenden Umtausch abhängig sein sollte

1) Bernstein, S. 46.

2) Striethorst, Bd. 77, S. 308, Nr. 58 (Seuff. Arch. Bd. 29, S. 149/150, Nr. 96; Arch. f. Theorie u. Praxis, Bd. 23, S. 334).

— der Verkäufer stets in der Lage sein, diese Befugnis dadurch zu vereiteln, daß er dem Käufer entweder solche Waren, welche diesem zum Eintausche genehm wären, überhaupt vorenthielte oder für die in Tausch zu nehmenden Waren unannehmbare Preise stellte".

Dieser Auffassung hat sich zunächst Dernburg[3] angeschlossen. Er führt aus, ein Kauf auf Probe liege dann vor, wenn sich die Abrede der Parteien auf nichts anderes beziehe, als daß der Käufer „nicht Konvenierendes" binnen bestimmter Frist solle umtauschen dürfen. „Die Vereinbarung, etwas anderes zu nehmen, habe keine bindende Kraft, weil es an einer Vereinbarung über die zu gebende Ware und ihren Preis fehle". Wenn er auch weiter sagt: „So wenigstens Entscheidung des Obertribunals . . . ." wird man nicht annehmen können, daß er diese nur zitieren wollte, ohne diese Ansicht selbst zu vertreten. Dann würde er auch seine eigene andere Stellungnahme dargelegt haben.

Dieselbe Ansicht vertrat Dernburg auch für das bürgerliche Recht[4], wenn auch mit einer nicht unwichtigen Aenderung: Statt „weil es an einer Vereinbarung über die zu gebende Ware und ihren Preis fehlt", setzt er, „wenn es an einem genügenden Anhalt über die Beschaffenheit des Einzutauschenden wie dessen Preis fehlt". Damit schränkt er seine zuerst vertretene Ansicht ein, da er dann keinen Kauf auf Probe annehmen will, wenn Gegenstand und Preis der Eintauschsache genügend bestimmt seien. Welche Bedeutung er in diesem Falle der Umtauschklausel beimißt, insbesondere, ob der Käufer den Verkäufer auf die Eintauschsache in Anspruch nehmen könne, und wie er sich die rechtliche Konstruktion denkt, darauf geht er allerdings nicht ein.

In seiner späteren Auflage[5] läßt er seine Unterscheidung nach der Bestimmtheit der Eintauschsache fallen und stellt es darauf ab, ob der Kaufpreis berichtigt sei oder nicht. Namentlich in letzterem Falle könne seiner Ansicht nach die Vereinbarung „nicht Konvenierendes umzutauschen, Kauf auf Probe" sein, während für den Fall der Berichtigung des Kaufpreises „nur der Umtausch dem Käufer gestattet ist, und solange dieser nicht geschieht, gilt der Vertrag über die zunächst hingegebene Sache" — mit anderen Worten: dem Käufer sei zwar der Umtausch gestattet, der Verkäufer aber nicht hierzu verpflichtet.

3) Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. 5. Auflage 1897. Bd. 2, S. 411 § 153 Anm 2.
4) Dernburg, Lhrbuch, 1. u. 2. Aufl. 1901, Bd. 2, 2 § 193, II. 2.
5) dersl. 3. Aufl. 1906, 4. Aufl. 1915, 2 Bd. 2. Abtlg. § 193, II, 2.

Lukanow[6] erachtet bei der Klausel, daß der Käufer die Befugnis erhält, „nicht Konvenierendes umzutauschen", unter Berufung auf die Entscheidung des Obertribunals auch einen Kauf auf Probe als vorliegend.

Endemann[7] erblickt einmal in dem Kauf auf Umtausch „ein Wahlschuldverhältnis in Verbindung mit einem Kauf auf Probe" und „zumal, wenn nichts über eine bestimmte andere Sache vereinbart ist", einen Kauf mit Rücktrittsklausel, wobei „blos die Erwartung auf Abschluß eines anderen Kaufvertrages begründet" sei. Eine nähere Begründung für seine Ansichten gibt auch er nicht.

Nach Crome[8] kann es unter Umständen zweifelhaft sein, ob bei einem Kauf mit Umtauschberechtigung ein Kauf auf Probe vorliegt; es entscheide gemäß § 133 BGB. „der Gesamtinhalt des Geschäfts".

Auch nach Rosenthal[9] kann sich ein Kauf auf Umtausch als Kauf auf Probe darstellen, doch „wird oft der Käufer für verpflichtet zu erachten sein, für etwa denselben Betrag andere Waren aus dem Geschäfte zu kaufen". Der Vertragszweck sei gemäß § 157 BGB. für die Rechtslage maßgebend.

Staub[10] ist ebenfalls, wenigstens in seiner älteren Auflage, als Vertreter des Probekaufs zu nennen, doch legt auch er entscheidenden Wert auf die Vertragsauslegung. Später[11] ändert er in richtiger Erkenntnis des Umtauschkaufes seinen Standpunkt und hält ihn für einen unbedingten Kauf. „Falls die Eintauschsache und der Preis aber unbestimmbar sei, müsse erst ein auf den Umtausch gerichteter neuer Vertrag zustande kommen".

---

6) Lukanow, S. 28. Er fährt fort: „Häufig aber habe auch die Umtauschabrede den Sinn, daß der Kaufvertrag unter der auflösenden Bedingung des künftigen Abschlusses eines anderen Kaufes um denselben Preis geschlossen wird."

7) Endemann, § 157 a Anm. 2 S. 915.

8) Crome, § 226 S. 485.

9) Rosenthal zu § 495 Anm. 2, 1. Teil, S. 156.

10) Staub, 6. u. 7. Aufl. 1900, Bd. 2 Exk. zu § 382, Anm. 16; nach Levy S. 53 Anm. 1. fällt der Kauf mit Umtauschklausel unter den Rechtsbegriff Kauf auf Probe, weil er „die Art" des Kaufes auf Umtausch für einen „Unterfall der Gattung Kauf auf Probe" hält. Hedemann zu § 7 VII, b S. 77 hält den Kauf auf Umtausch insofern mit dem auf Probe verwandt, „als sich der Verkäufer dem Käufer bis zu gewissem Grade in die Hände gibt". Er empfiehlt, „hier mit einer auflösenden Bedingung zu operieren, da nach dem Rechtsgefühl die Gefahr bereits auf den Käufer zu legen ist."

11) Staub, 12. u. 13. Aufl. 3. Bd. Anhang zu § 382 Anm. 15.

Schließlich vertritt auch der Kommentar der Reichsgerichtsräte den Standpunkt, daß der dem Käufer vom Verkäufer eingeräumte Vorbehalt, den gekauften Gegenstand umzutauschen, einen Kauf auf Probe in sich bergen könne.[12]

Alle Theorien, die den Kauf auf Umtausch wie einen Kauf auf Probe behandeln wollen, sind abzulehnen, da sie sich mit dem Wesen eines Umtauschkaufes direkt in Widerspruch setzen. Der Probekauf hat mit dem Kauf auf Umtausch lediglich gemeinsam, daß in beiden Fällen die endgültige Bestimmung des Leistungsgegenstandes von dem Belieben des Käufers abhängt. Der Kauf auf Probe ist aber gemäß § 495 BGB. im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen, d. h. der Käufer ist allein durch die Rückgabe des zuerst gekauften Gegenstandes, ohne einen anderen wählen zu brauchen, in der Lage, das ganze Kaufgeschäft aufzuheben. Er hat es also vollkommen in der Hand, so gestellt zu werden, als ob überhaupt niemals ein Kauf abgeschlossen worden wäre. Während der Käufer einen Anspruch auf Rückzahlung des bereits entrichteten Kaufpreises hat, steht dem Verkäufer bei Rückgabe des Gegenstandes ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises niemals zu.

Es macht auch keinen Unterschied, wenn der Kauf auf Probe unter der auflösenden Bedingung der Mißbilligung abgeschlossen worden ist. In diesem Falle ist zwar zunächst ein fester Kaufvertrag geschlossen, der dem Verkäufer einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises gibt; doch kann durch die bloße Mißbilligung des Käufers der bereits fest geschlossene Kauf wieder aufgelöst werden, und der Verkäufer hat dann den gezahlten Kaufpreis zurückzuerstatten. Unerheblich ist es auch hierbei, daß beim auflösend bedingten Probekauf die Gefahr bereits auf den Käufer übergegangen ist, während beim aufschiebend bedingten Probekauf die Gefahr gemäß §§ 446, 495 Abs. 1 BGB. trotz Uebergabe der Sache an den Käufer mangels endgültigen Zustandekommens eines Kaufvertrages noch beim Verkäufer liegt. In beiden Fällen geht der Verkäufer mit der Mißbilligung des Käufers des Kaufpreises verlustig.

Ein solches Ergebnis wird aber beim Kauf auf Umtausch weder den Interessen des Verkäufers noch des Käufers gerecht. Der Verkäufer will in jedem Falle durch die Klausel seinen Umsatz sichern

12) RGRKomm. zu § 495 Anm. 4 S. 103/104. Die Vereinbarung könne aber auch den Sinn haben, daß die Ausübung der Befugnis ‚die Billigung nach §§ 495, 496 zu versagen, an die Bedingung geknüpft' sein solle, daß der Käufer aus dem Warenlager des Verkäufers einen anderen Gegenstand zu gleichem oder höherem Preise kaufe.

und auf Grund des fest abgeschlossenen Kaufvertrages wenigstens den vereinbarten Kaufpreis über den ersten Gegenstand verlangen dürfen und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Käufer sein Umtauschrecht ausübt oder nicht. Lange[13] sagt treffend: „Im Gegensatz zum Kauf auf Probe kann der Käufer nicht nach Belieben mißbilligen; er kann überhaupt aus seiner Stellung als Käufer dem Verkäufer gegenüber nicht mehr ausscheiden. Was er mißbilligen kann, ist nicht der Vertrag, sondern nur die Ware." Oertmann[14] führt hierzu aus: „Es hieße aber die Parteiabsicht einfach fälschen, wollte man aus der Indolenz gegenüber einem bestimmten Kaufobjekt auf eine solche gegenüber dem Umsatz überhaupt schließen. Wohin würde es führen, wenn z. B. ein großes Geschäftshaus zur Weihnachtszeit, wo es für Tausende Verträge mit Umtauschklausel laufen haben wird, mit der Möglichkeit rechnen müßte, daß alle Käufer das Erstandene einfach zurückbrächten und dadurch das Ergebnis des gesamten Weihnachtsgeschäftes einfach zu nichte machen könnten?" Bernstein[15] nimmt ebenfalls mit Recht an, Verkäufer wie Käufer seien sich voll bewußt, daß mit Abschluß des Umtauschkaufes ein Kaufgeschäft fest zustande gekommen sei, welches durch einseitige Handlung des Käufers, nämlich durch Rückgabe der Kaufsache, nicht wieder aufgehoben werden könne, und aus dem der Käufer auch dann dem Verkäufer auf Zahlung des Kaufpreises verpflichtet bleibe, wenn er die Kaufsache zurückgäbe.

Aber auch die Interessen des Käufers werden bei Annahme der Probetheorie nicht geschützt. Er kann sich wohl ganz vom Vertrage zurückziehen, es ist ihm aber keine Möglichkeit gegeben, die zweite Ware vom Verkäufer verlangen zu können. Wenn der Verkäufer auch gewöhnlich jede andere gewünschte Ware, schon um seinen Umsatz zu sichern, zu liefern bereit sein wird, so besteht für den Fall der Weigerung des Verkäufers zum Umtausch dem Käufer kein auf Umtausch gerichteter erzwingbarer Anspruch zu. Einen solchen will aber gerade die Klausel dem Käufer gewähren.

---

13) Lange, S. 29; ähnlich Gotthelf, S. 9. Die Entscheidung in Rechtsprechung d. Oberlandesgerichte in Bd. 2, S. 502 Nr. 196 a bringt dasselbe zum Ausdruck, wenn sie sagt, „daß es regelmäßig nicht der Absicht der Parteien entspräche, daß der Kauf erst durch die Billigung des Käufers zustande komme oder daß der Käufer vom Geschäft zurücktreten und den etwa schon gezahlten Kaufpreis solle zurückfordern dürfen; der Käufer sei vielmehr, den Worten der Vereinbarung entsprechend, nur berechtigt, die Ware umzutauschen."

14) Oertmann, a. a. O. S. 691.

15) Bernstein, S. 26.

Auch die Frage, ob der Kaufpreis berichtigt sei oder nicht, auf die es Dernburg oben S. 21 abstellt, ist für die rechtliche Konstruktion unerheblich. Dem Verkäufer kommt es nur darauf an, in jedem Falle einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises zu haben. „Es geht nicht an, aus der Gleichgültigkeit gegen Barumsatz auf einen solchen gegen den Umsatz überhaupt zu schließen".[16] „Daß der Kaufpreis noch nicht berichtigt ist, macht den Kauf auf Umtausch nicht zum Kauf auf Probe".[17]

b) Der Kauf auf Umtausch ist ein Kauf mit Rücktrittsklausel.

Auch die Konstruktion als eines Kaufes mit Einräumung eines Rücktrittsrechts, wie sie Endemann[18] unter gewissen Voraussetzungen annehmen will, muß abgelehnt werden, da sie im Widerspruch mit der Auffassung vom Umtauschkauf und der Parteiabsicht steht. Es treten im Ergebnis dieselben rechtlichen Folgen wie bei Annahme eines Kaufes auf Probe ein. Denn erklärt der Käufer den Rücktritt, „so sind die Parteien verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen Zug um Zug, unter entsprechender Anwendung über die Leistungsverweigerung bei gegenseitigen Verträgen, zurückzugewähren",[19] Das zunächst wirksam eingegangene Geschäft erlischt, als wäre es nie geschlossen gewesen, das gesamte Schuldverhältnis wird mit rückwirkender Kraft aufgelöst,[20] so daß rechtliche Beziehungen zwischen den Parteien aus diesem Vertrage nicht mehr bestehen.

Lenel[21] bezeichnet den Umtauschvorbehalt als einen „Vorbehalt des Rücktritts unter der Doppelbedingung unversehrter Rückgabe der empfangenen Ware und des Kaufes einer anderen Ware"; vereitele der Verkäufer die Erfüllung dieser zweiten Bedingung, so gelte die Bedingung nach § 162, Abs. 1 BGB. als erfüllt und der Umtauschvorbehalt reduziere sich auf den Rückgabevorbehalt. Wenn die zweite Ware bestimmt sei, liegt nach seiner Ansicht „Kauf des ursprünglichen Gegenstandes unter Vorbehalt des Rücktritts bei unversehrter Rückgabe und Kauf des Ersatzgegen-

16) Oertmann, a. a. O. S. 691; Bernstein S. 27; Riebow, S. 25.
17) Staub, 11. Aufl. 1921, Bd. II, 1 § 382, 15.
18) Endemann, § 157 a Anm. 2 S. 915 nämlich dann, „wenn nichts über eine bestimmte andere Sache vereinbart ist".
19) Urteil d. RG. vom 28. 4. 1920. in: Gruch. Beitr. Bd. 64, S. 718, Nr. 73.
20) Philipsborn in Gruch. Beitr. Bd. 64, S. 23.
21) Lenel JW. 1926, S. 1791.

ſtandes für den Fall dieſes Rücktritts vor". Dieſe komplizierten Konſtruktionen zerlegen einmal einen im Verkehr als einheitlich angeſehenen Rechtsakt ohne Zwang in zwei Käufe und können im beſonderen nach den obigen Ausführungen mit der wirklichen Rechtslage nicht in Einklang gebracht werden.[22]

2) Die Umtauſchklauſel hat keine rechtlich verpflichtende Bedeutung.

Theoretiſch ſind die hier vertretenen Auffaſſungen den Anhängern des Probekaufs und des Kaufes mit Rücktrittsklauſel deshalb vorzuziehen, weil ſie beide Verträge in ein gewiſſes Abhängigkeitsverhältnis, in engere Beziehungen zueinander[23] bringen. Praktiſch ſind dieſe Theorien aber deswegen abzulehnen, weil der Verkäufer nach ihnen zum Abſchluß des Umtauſchkaufes nicht verpflichtet, der Umtauſch alſo nicht erzwingbar iſt.

a) Der Kauf auf Umtauſch iſt ein unter der auflöſenden Bedingung des Abſchluſſes eines neuen Kaufes geſchloſſener Kauf (Bedingungstheorie).

Die am meiſten in Schrifttum und Rechtſprechung verbreitete Lehre vertritt den Standpunkt, daß der Umtauſchkauf ein durch den Abſchluß eines zweiten Kaufvertrages auflöſend bedingter Kauf ſei.[24]

Das Urteil des 4. Zivilſenats des Oberlandesgerichts Celle vom 6. Oktober 1909[25] führt hierzu folgendes aus: „Ein Kauf auf Umtauſch iſt ein unter der auflöſenden Bedingung des Abſchluſſes eines anderen Kaufes über Waren des Verkäufers zu mindeſtens demſelben Preiſe abgeſchloſſener Kaufvertrag".

22) Vgl. Laſch, S. 32,, Anm. 42 u. Riebow in Jur. Rundſch. Nr. 19, S. 713/715.

23) Riebow, S. 18.

24) Enneccerus-Kipp-Wolff 1. Bd. 2. Abtlg. 15.—17. Aufl. 1922 § 338, II. 1 Anm. 11; Planck 2. Bd. 3. Aufl. 1907, § 495,1 S. 406; Staub 9. Aufl. 1913, Bd. 2, 1 Erk. zu § 382 Anm. 15 S. 991; Ritter 1910, § 377, 18 d; Neumann, 1. Bd. 1909, § 495,6, Kuhlenbeck, 2. Aufl. 1903, 1. Bd. Anm. zu § 495, S. 413; Hedemann, § 7 VII. b S. 77; Lukanow S. 28. Entſch. d. LG. Dresden, 5. Zivilkammer vom 22. 3. 1897 im Sächſ. Arch. f. bürgerl Recht u. Pr.Bd. 7, S. 218; Entſch. d. OLG. Dresden v. 22. 9. 1910 im Sächſ. Archiv f. Rechtspflege, 6. Jahrgang 1911, Nr. 51, S. 542; Entſch. d. OLG. Celle, v. 6. 10. 09 in Rſpr. d. OLG. Bd. 20, Nr. 9 b S. 166; Entſch. d. OLG. Dresden im Sächſ. Arch. f. bürgerl. R. Bd. 10, S. 517; Urteil d. OLG. Roſtock 1. Zivilſen. v. 24. 9. 1900 i. Rſpr. d. OLG. Bd. 2, Nr. 196 a S. 502 (Mecklenburg. Ztſchr. f. Rechtspfl. u. Rechtswiſſ. Bd. 19, Nr. 48, S. 203/204 und Seuff. Arch. Bd. 56, Nr. 196, S. 348).

25) Rſpr. d. OLG. Bd. 20, S. 166.

Auch Staub[26] vertritt die Ansicht eines auflösend bedingten Kaufvertrages dann, wenn Ware und Preis der zweiten Ware unbestimmbar seien. Wann dies aber der Fall sein soll, sagt er nicht. Wie oben bereits ausgeführt worden ist, sind bei einem Kauf auf Umtausch sowohl Ware als auch Preis durch die Beschränkung auf den jeweiligen am Lager des Verkäufers befindlichen Warenbestand immer bestimmbar.

Nach der Bedingungstheorie soll der erste Kauf ipso iure aufgelöst werden, wenn der Umtauschkauf zustande kommt. Bis zum Abschluß dieses Ersatzkaufes bleibt also der erste Kauf bestehen. Wie aber kann nun der Abschluß des zweiten Kaufes und damit der Eintritt der auflösenden Bedingung herbeigeführt werden? Die Antwort gibt uns die Entscheidung des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Rostock vom 24. September 1900:[27] „Danach muß, wenn die einzutauschende Ware und der Preis, mit welchem diese Ware anzurechnen ist, unbestimmt geblieben ist, erst eine Vereinbarung zustande kommen, durch welche der nähere Inhalt des neuen Geschäftes bestimmt wird. Daß die Verpflichtung des Verkäufers zum Umtausche wegen der Unbestimmtheit des Inhalts dieser Verpflichtung rechtlich nicht erzwingbar ist, kann nicht dahin führen, daß nur ein Kauf auf Probe abgeschlossen sein solle".

Es ist also in das Belieben der Parteien gestellt, einen Ersatzkauf abzuschließen oder nicht; im besonderen ist der Verkäufer nicht verpflichtet, den Bedingungseintritt herbeizuführen. Der Käufer ist, wenn es ihm nicht gelingt, mit dem Verkäufer einen neuen Kauf, „zu dessen Abschluß keiner verpflichtet ist"[28] zu schließen, nicht in der Lage, ihn zum Abschluß des zweiten Kaufes zu zwingen. Schließt der Verkäufer ihn dennoch ab, so tut er es aus freien Stücken. Einen solchen Kauf können die Parteien aber jederzeit abschließen, ohne daß es der Vereinbarung einer Umtauschklausel bedürfte.

Damit wird aber der Umtauschklausel jede rechtlich erhebliche Bedeutung abgesprochen.[29] Die Parteien können aber unmöglich beabsichtigt haben, „ein rechtlich völlig belangloses Abkommen über

---

26) Staub, 11. Aufl. 1921, 2 Bd. 1. Abtlg. Exk. zu § 382,16.
27) Rspr. d. OLG. Bd. 2, Nr. 196 a S. 502.
28) Riebow, S. 18.
29) Auch § 162 BGB. ist hier nicht anwendbar, da ein Verkäufer, der zum Abschluß des Ersatzkaufes nicht verpflichtet ist, niemals wider Treu und Glauben den Eintritt der Resolutivbedingung verhindert. Hier ist aber das Verhalten des Verkäufers ganz in sein Belieben gestellt; vgl. R.G. Bd. 53, S. 257.

die Umtauschbefugnis zu treffen".[30] Im Gegenteil dürften sie sich bei Vereinbarung der Umtauschklausel bewußt gewesen sein, daß dem Käufer damit ein Anspruch auf die Eintauschsache gegeben, dem Verkäufer die Verpflichtung, den Umtausch vorzunehmen, auferlegt worden ist.

b) Der Kauf auf Umtausch ist ein unter der auflösenden Bedingung des Abschlusses eines neuen Kaufes geschlossener Kauf auf Probe.

Hierher gehört die Ansicht des Kommentars der Reichsgerichtsräte[31], der sagt: „Der dem Käufer vom Verkäufer eingeräumte Vorbehalt, den gekauften Gegenstand, wenn er nicht passen oder gefallen sollte, umzutauschen, kann einen Kauf auf Probe in sich bergen. Die Vereinbarung kann den Sinn haben, daß die Ausübung der Befugnis, die Billigung nach §§ 495, 496, zu versagen, an die Bedingung geknüpft sein soll, daß der Käufer vom Verkäufer aus dessen Vorräten einen anderen Gegenstand zu gleichem oder höherem Preise kauft".

Die letztere Ansicht will also einen besonders gearteten Fall des Probekaufs annehmen; die Ausübung der dem Käufer zustehenden Befugnis zu billigen, soll an eine Bedingung geknüpft sein. Ein reiner Kauf auf Probe kann in diesem Falle aber deshalb nicht vorliegen, weil die Billigung, die nach dem Gesetz in das völlige Belieben des Käufers gestellt ist, keine Einschränkung durch eine Bedingung verträgt.[32]

Wenn die Möglichkeit einer solchen Vereinbarung kraft der bestehenden „Gestaltungsfreiheit" auch nicht bestritten werden soll, so kann es sich dann nur um einen auflösend bedingten Kauf auf Probe handeln, bei welchem der Eintritt der auflösenden Bedingung von dem Zustandekommen eines zweiten Kaufes abhängig ist, zu dessen Abschluß allerdings weder der Verkäufer noch der Käufer verpflichtet sind.

Mit dieser Feststellung ist aber auch die zuletzt behandelte Theorie, welche dieselben Nachteile wie die Bedingungstheorie aufweist, abzulehnen.

Wie die Probetheorie die Rechtsverbindlichkeit des ganzen Kaufvertrages in Frage stellt und „damit dem Verkäufer nicht gibt, was des Verkäufers ist", bestreitet die Bedingungstheorie die der

30) Oertmann a.a.O. S. 692.
31) RGRKomm. 6. Aufl. 1928 § 495 Anm. 4 S. 103/104.
32) Lehmann, Ring, Bd. 2, Nr. 13, S. 191. Riebow, S. 31.

Umtauschklausel und versagt damit dem Käufer, was des Käufers ist.[33] Zudem können diese Theorien infolge ihrer mangelnden praktischen Verwendbarkeit nicht als richtig anerkannt werden.

II. Der Umtausch ist erzwingbar.

1) Der Kauf auf Umtausch zerfällt in zwei Verträge.

In der richtigen Erkenntnis, daß die Durchführung des Umtausches gegebenenfalls auch erzwingbar sein müsse, um dem Käufer seinen Anspruch auf einen Ersatzgegenstand zu sichern, wurde der Umtauschklausel die Bedeutung eines Vorvertrages mit der Verpflichtung zum Abschluß eines zweiten Vertrages beigelegt.

a) Der Kauf auf Umtausch ist ein auflösend bedingter Kauf auf Probe mit einem pactum de emendo.

Die hier zu behandelnde Theorie Lehmann-Rings, nach der ein Kauf auf Probe oder „auch ein Nebenvertrag des Inhalts vorliegen kann, daß der Käufer sich verpflichtet, Waren gewisser Art und desselben Preises vom Verkäufer einzukaufen",[1] erblickt in dem Kauf auf Umtausch einen auflösend bedingten Kauf auf Probe mit einem pactum de emendo. Der Käufer soll also zur Mißbilligung und Rückgabe der gekauften Sache berechtigt, dann aber auch zum Abschluß eines neuen Vertrages verpflichtet sein. Hat der Käufer die Sache zurückgegeben, dann ist damit der erste Vertrag aufgelöst und der Käufer ist berechtigt, den bereits gezahlten Kaufpreis vom Verkäufer zurückzuverlangen bezw. die Zahlung des noch nicht berichtigten Kaufpreises zu verweigern.[2] Der Verkäufer muß sich also den Erfolg des ersten Kaufes „zunächst aus den Händen winden lassen gegen die bloße, umständlich durchführbare Anwartschaft, den Käufer zum Abschluß des neuen Kaufes zu zwingen."[3]

Der Ansicht von Lasch, der den Verkäufer bei der Klage des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises die exceptio doli im Hinblick auf den Grundsatz: dolo facit qui petit, quod statim redditurus est[4] mit Erfolg geltend machen lassen will, dürfte nicht zuzustimmen sein. Denn wenn einmal der erste Vertrag aufgelöst

33) Oertmann in Seuff. Bl. f. R.A. Bd. 71, S. 692.

1) Lehmann-Ring, Bd. 2, § 495 Anm. 1 Ziff. 13, S. 191.

2) So auch Riebow, S. 29;. Bernstein S. 30; Mittelhaus S. 44; Pietrkowski S. 19/20.

3) Oertmann, a.a.O. S. 692.

4) Lasch, S. 43.

ist, so bestehen zwischen den Parteien zunächst keinerlei Rechtsbeziehungen aus dem ersten Vertrage. Daran ändert auch nicht, daß der Käufer nunmehr zum Abschluß eines zweiten Kaufes verpflichtet sein soll. Solange dieser Vertrag nicht abgeschlossen ist, hat der Verkäufer gegen den Käufer jedenfalls keinen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises für den zurückgegebenen Gegenstand und ebenso nicht für eine noch gar nicht festgesetzte Sache.

Wenn das Recht der Auflösung des alten Vertrages von dem Abschluß eines neuen Vertrages abhängig wäre, so wäre aber gerade „er — nämlich der Käufer — und nicht der Verkäufer an dem neuen Vertragsschluß interessiert, eine Pflicht des Käufers dazu enthielte also eine widersinnige Vorstellung".[5] Die Pflicht des Käufers zum Abschluß des Ersatzkaufes kann also erst nach Rückgabe der mißbilligten Ware, also nach Auflösung des ersten Vertrages entstehen.

Die Theorie, die zwar wenigstens durch die Verpflichtung des Käufers, einen Ersatzkauf abzuschließen, versucht, dem Verkäufer seinen Umsatz zu sichern, muß aber vor allem daran scheitern, daß der Käufer kein Mittel in der Hand hat, den Verkäufer zum Abschluß des Umtauschkaufes zu zwingen. Wenn dieser auch gewöhnlich mit Rücksicht auf seinen Umsatz und Gewinn großes Interesse an dem Zustandekommen des Ersatzkaufes haben und beim Abschluß dieses Vertrages mitwirken wird, so ist der Käufer in den Fällen, wo sich der Verkäufer weigert, diesem gegenüber machtlos. Der Käufer will aber gerade mit der vereinten Umtauschberechtigung gegebenenfalls auch einen Zwang auf den Verkäufer ausüben dürfen. Das pactum de emendo verpflichtet aber nur den Käufer zur Eingehung des zweiten Vertrages; verweigert der Verkäufer seine Zustimmung, zu der er seinerseits nicht verpflichtet ist, so treten dieselben Folgen wie bei der Annahme eines Kaufes auf Probe ein, die dem Wesen eines Kaufes auf Umtausch aber entgegenlaufen. Da die Umtauschklausel in erster Linie ein Recht des Käufers und eine Pflicht des Verkäufers begründen soll, ist auch die Konstruktion eines Kaufes auf Probe mit einem pactum de emendo praktisch nicht verwendbar.

b) Der Kauf auf Umtausch ist ein unter der auflösenden Bedingung des Abschlusses eines neuen Kaufes geschlossener Kauf mit einem pactum de vendendo.

Während die Ansicht des Kaufes auf Probe mit einem pactum de emendo das Recht des Käufers zum Umtausch unter Verken-

5) Oertmann, a.a.O. S. 689.

nung seiner Interessen in eine Pflicht zum Umtausch verkehrt, legt die Theorie eines unter der auflösenden Bedingung des Abschlusses eines neuen Kaufes geschlossenen Kaufes mit einem pactum de vendendo der rechtlichen Natur des Kaufes auf Umtausch eine formell-juristisch einwandfreie Bedeutung bei.

Es ist hiernach in das freie Belieben des Käufers gestellt, entweder den ersten Gegenstand zu behalten, also beim ersten Kaufvertrag stehen zu bleiben, oder den Gegenstand zurückzugeben und den Verkäufer zur Lieferung eines zweiten Gegenstandes zu zwingen. Diese Auslegung wird der Parteiauffassung und dem Wesen eines Kaufes auf Umtausch gerecht. Der Käufer ist hier nicht zum Abschluß des zweiten Vertrages verpflichtet, er ist vielmehr lediglich berechtigt, den Abschluß eines zweiten Vertrages über den Ersatzgegenstand zu verlangen, und der Verkäufer ist in diesem Falle auf Grund der Umtauschklausel verpflichtet, bei dem Abschluß des neuen Vertrages mitzuwirken und damit den Eintritt der auflösenden Bedingung herbeizuführen. Diese Auffassung des Kaufes auf Umtausch wird sowohl in Schrifttum und Rechtsprechung, wenn auch mit mehr oder weniger geringen Abweichungen, vertreten.

Nach Cosack[6] darf der Käufer nur dann den zuerst gekauften Gegenstand zurückgeben, wenn er sich mit dem Verkäufer über einen Ersatzkauf einige. Doch legt er dem Verkäufer die Verpflichtung auf, „unter gewissen Voraussetzungen das Angebot eines Ersatzkaufes seitens des Käufers nicht zurückzuweisen". Welche Voraussetzungen aber seiner Meinung nach vorliegen müssen, läßt er dahingestellt.

Oertmann[7] sieht die Besonderheit der Umtauschklausel „nur darin, daß der Verkäufer kraft der Abrede nicht berechtigt sei, eine neue Kaufofferte des Gegners in bezug auf ein Stück seines Warenbestandes sine iusta causa zurückzuweisen". Auch er geht nicht darauf ein, in welchen besonderen Fällen der Verkäufer berechtigt sein soll, das Umtauschbegehren des Käufers abzulehnen.

Neumann[8] erkennt eine unbedingte Pflicht des Verkäufers zum Abschluß des Ersatzkaufes auch nicht an. Der ursprüngliche Kaufvertrag wird nach ihm erst aufgehoben, wenn eine Vereinbarung über die einzutauschende Ware und den Preis derselben vorliegt. Der Verkäufer sei aber verpflichtet, „seinerseits an dem

6) Cosack, Bürgerliches Recht, 1913, 6. Aufl. Bd. 1, § 132, I, 1 S. 544.
7) Oertmann, 1906. 2. Aufl. § 495,1c.
8) Neumann, § 495,6, S. 408.

Zustandekommen solcher Einigung nach Treu und Glauben mitzuwirken"; komme auch dann eine Einigung nicht zustande, „so hat es bei dem ursprünglichen Kaufvertrage sein Bewenden".

Das Landgericht Dresden[9] hält „keineswegs die Erfüllung der Bedingung völlig der Willkür des Verkäufers überlassen und der Käufer dieser preisgegeben". Es will in dem Falle, „wenn der Verkäufer den Umtausch, also den Abschluß des zweiten Verkaufes ohne triftigen Grund ablehnt", und damit den Eintritt der Bedingung hindert, diese gemäß § 111 Sächs. BGB. (§ 162 BGB.) als erfüllt und den Kaufvertrag als aufgelöst ansehen.

Lange[10] schließt sich der Ansicht Oertmanns, daß der Verkäufer nicht sine iusta causa das Angebot des Käufers zurückweisen dürfe, mit der Begründung an, daß diese Lehre „den tatsächlichen Verhältnissen und den Verkehrsanschauungen am meisten gerecht" werde.

Ritter[11] bringt als einziger die uneingeschränkte Pflicht des Verkäufers zum Abschluß des Umtauschkaufes zum Ausdruck, wenn er sagt: „Der Verkäufer ist verpflichtet, den anderen Kauf auf Verlangen des Käufers zum üblichen oder angemessenen Preise abzuschließen".

Wenn auch dieser Konstruktion in ihrem theoretischen Aufbau Bedenken kaum entgegengesetzt werden können und sie auch der Parteiauffassung entspricht, so fragt es sich nur, ob diese Theorie auch praktisch verwendbar ist.

Zunächst erhebt sich die Frage, ob die gemäß § 253 ZPO. erforderliche Bestimmtheit hinsichtlich des Gegenstandes und seines Preises erbracht werden kann. Hat sich der Umtausch auf eine bereits bei Abschluß des Kaufvertrages individuell bestimmte Ware zu erstrecken, so ist zweifellos eine genügende Bestimmtheit des pactum gegeben. Aber auch wenn sich der Umtausch, wie es gewöhnlich der Fall sein wird, auf Sachen derselben Gattung oder auf einen Gegenstand aus dem Warenlager des Verkäufers beziehen soll, ist der Gegenstand wenigstens bestimmbar und damit eine Klagbarkeit des pactum, von dem man dasselbe Maß inhaltlicher Bestimmtheit wird verlangen müssen wie von dem abzuschließenden Hauptvertrage selbst, als vorliegend zu erachten.

---

9) Urteil der 5. Zivilkammer d. Kgl. Sächs. LG. z. Dresden v. 22. 3. 97 im Sächs. Arch. f. bürg. Recht, Bd. 7, S. 218.

10) Lange, S. 30.

11) Ritter, § 377, 18 d S. 593.

Soll der Ersatzkauf aus einer bestimmten Warengattung vorgenommen werden, so handelt es sich um einen Vorvertrag zu einem Gattungskauf. Das Gesetz selbst sieht aber in den §§ 243, 279, 480 BGB. eine solche Kennzeichnung des zukünftigen Kaufgegenstandes als ausreichend an. Da der Preis des Ersatzgegenstandes grundsätzlich der zuerst gekauften Sache zu entsprechen hat, so ist auch in dieser Hinsicht die genügende Bestimmtheit vorhanden.

Dieses Ergebnis kann auch dadurch nicht geändert werden, daß der Ersatzgegenstand aus dem konkreten Warenlager des Verkäufers entnommen werden soll. Oertmann[12] hält mit Recht „die möglichen Leistungsobjekte durch ihre konkrete Abgrenzung als Bestandteile des verkäuferischen Warenbestandes immer noch viel bestimmter als bei den weitaus meisten Gattungskäufen", so daß „aus der schrankenlosen Zulassung des Gattungskaufes diejenige des „Auswahlkaufes" a fortiori gefolgert werden dürfe".

Aber auch die Tatsache, daß der Preis des Ersatzgegenstandes noch nicht bestimmt ist, wird die Rechtsverbindlichkeit des pactum nicht in Frage stellen. Ebenso wie es bei dem sog. Spezifikationskauf des § 375 HGB., bei dem der Käufer die Auswahl der „Formen, Maße oder ähnliche Verhältnisse" vorzunehmen hat, keiner besonderen Preisvereinbarung zu seiner Rechtsgültigkeit bedarf, der Kaufpreis dann eben „in eine bestimmte Beziehung zu der so oder so zu treffenden Wahl gesetzt"[13] ist, so wird auch bei dem „Auswahlkauf" der Preis durch den üblichen Ladenpreis, in Ermangelung eines üblichen durch den angemessenen Preis[14] oder bei Meinungsverschiedenheiten durch das Ermessen des Richters oder mit Hilfe von Sachverständigen[15] bestimmt.

Da der Vorvertrag mithin der genügenden Bestimmtheit nicht entbehrt, kann auch aus ihm geklagt werden. Im folgenden ist darzulegen, daß diese Konstruktion aber an ihrer schwerfälligen, langwierigen Durchführbarkeit scheitern muß. Der Käufer kann nämlich bei einer Weigerung des Verkäufers zur Lieferung der Eintauschsache sein Ziel erst nach Erhebung von zwei Klagen erreichen.

---

12 Oertmann in Seuff. Bl. f. R. A. Bd. 71, S. 693.
13) Oertmann im Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 85, S. 215.
14) Riebow, S. 34, S. 76.,
15) Entsch. d. OLG. Dresden vom 10. 5. 1900 im Sächsischen Arch. Bd. 10, S. 516.

Lasch[16] möchte diese Schwierigkeit dadurch beheben, daß er die Vorschriften über die Wandlung analog anwenden will. Wenn das möglich wäre, könnte der Käufer allerdings bei Vertretung der sog. Herstellungstheorie sogleich Klage auf Lieferung des Ersatzgegenstandes erheben. Diese Möglichkeit ist aber deswegen ausgeschlossen, weil das pactum, aus dem der Käufer klagt, lediglich auf Abschluß eines Ersatzkaufes und nicht auf unmittelbare Lieferung eines Ersatzgegenstandes geht. Der Käufer ist daher gehalten, zunächst auf Abschluß des zweiten Vertrages und nach Eintritt der Rechtskraft des erstrittenen obsiegenden Urteils auf Leistung des Ersatzgegenstandes zu klagen — ein Weg, der der schnellen Abwicklung des Geschäftes gerade zuwiderläuft und der Umtauschklausel fast jede praktische Bedeutung nehmen würde.

Auch die Verfolgung beider Ansprüche in einer Klage, nämlich auf Abschluß des Ersatzkaufes und Leistung des Ersatzgegenstandes, dürfte nicht für zulässig zu erachten sein, weil „die beiden Ansprüche nicht koordiniert nebeneinander stehen, vielmehr stehen sie in dem Verhältnis, daß der Bestand des zweiten Anspruchs von der Begründetheit des ersten abhängt".[17] Die Erhebung einer solchen bedingten Klage, wonach der Beklagte nur für den Fall des Eintritts einer bestimmten Bedingung, nämlich des Abschlusses des Ersatzkaufes, in Anspruch genommen sein soll, ist aber wegen fehlender Bestimmtheit des Klageantrages gemäß § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO. und deswegen, weil das Gesetz eine bedingte Rechtshängigkeit nicht kennt, unstatthaft.[18]

Aber selbst bei gleichzeitiger Geltendmachung beider Ansprüche könnte eine vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils auf Leistung des Ersatzgegenstandes vor der Rechtskraft des Einwilligungsurteils zum Abschluß des Ersatzkaufes gemäß § 894 ZPO. nicht in Frage kommen. Eine Beschleunigung würde also auch auf diesem Wege nicht herbeigeführt werden.

---

16) Lasch S. 53. Er sagt: „Vielleicht ließen sich die Schwierigkeiten eines zweiten Prozesses umgehen, ... sofern man sich für die Vertragstheorie entscheidet". Es dürfte sich hier wohl nur um ein Versehen handeln, denn nach der Vertragstheorie ist der Käufer ja gerade zur Führung zweier Prozesse gezwungen. Das will Lasch aber doch vermeiden. Er kann daher nur die sog. Herstellungstheorie meinen. Im übrigen kommt er auf Seite 54 auch zu der Ansicht, daß für den Kauf auf Umtausch der doppelte Klageweg nicht zu umgehen sein wird.

17) Bernstein, S. 49.

18) Sydow-Busch, 15. Aufl. § 253, Anm. 5, S. 249; RG. in JW. 1901, S. 248 Nr. 2.

Die Ansicht von Bernstein, Mittelhaus und Pietrkowski,[19] die auf Grund des Urteils des Landgerichts Dresden vom 22. 3. 1897 zu dem Ergebnis kommen, daß der Käufer in der Lage sei, unmittelbar auf Leistung des Ersatzgegenstandes zu klagen, ist nicht zutreffend. Wenn nach dem Urteil auch die Bedingung dann als erfüllt gilt, wenn der Verkäufer den Abschluß des zweiten Kaufes „ohne triftigen Grund ablehnt", so hat damit aber nicht der neue Kaufvertrag als abgeschlossen zu gelten, so daß der Käufer nunmehr die Eintauschsache ohne weiteres vom Verkäufer verlangen könnte. Es ist vielmehr Riebow[20] zu folgen, der hierzu folgendes ausführt: „Wenn § 162 BGB. lehrt, die Bedingung gelte als eingetreten, so ist damit eben gemeint, daß gleichsam als wenn die Bedingung eingetreten wäre, das in Frage stehende Rechtsgeschäft endgültig rechtswirksam oder aufgelöst sei... Es ist aber nicht gemeint, daß das Ereignis selbst, welches die Resolutivbedingung ausmacht, jetzt wirklich als eingetreten gelten solle, und daß aus diesem Ereignis weitere rechtserhebliche Folgen gezogen werden könnten. Wenn im vorliegenden Falle also die Resolutivbedingung als eingetreten gilt, so ist damit gemeint, daß nunmehr der auflösend bedingte Kauf aufgelöst ist, aber nicht, daß jetzt der Käufer aus einem nicht zustande gekommenen Kauf Ansprüche sollte herleiten können."

Der Käufer ist also nach Rückgabe der gekauften Ware und Weigerung des Verkäufers auf Abschluß des zweiten Vertrages berechtigt, von diesem den gezahlten Kaufpreis zurückzuverlangen.[21] Der Verkäufer wird zwar, um diese für ihn nachteiligen Folgen zu vermeiden, freiwillig bei dem Abschluß des zweiten Vertrages mitwirken und sich nicht einer Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises aussetzen. Wenn der Verkäufer aber zum Abschluß des zweiten Kaufvertrages nicht bereit ist, so ist der Käufer in jedem Falle zur Erhebung zweier Klagen gegen den Verkäufer gehalten.

Oertmann[22] bekämpft diese Theorie auch deshalb, weil sie „zu höchst anfechtbaren sachlichen Konsequenzen" führe. Er erwähnt den Fall, daß sich der Verkäufer zur Sicherheit für seine Kaufpreisforderung ein Pfand oder eine Bürgschaft habe bestellen lassen.

---

19) Bernstein, S. 43; Mittelhaus, S. 31; Pietrowski S. 26

20) Riebow, S. 37, Anm. 24.

21) Ebenso im Ergebnis Landgericht Dresden in Seuff. Bl. f. R. A. Bd. VII, S. 218; Oertmann a. a. O. S. 694; Riebow S. 37; Moeller S. 24.

22) Oertmann, a. a. O.

Seiner Ansicht nach würden diese Sicherheiten mit der Auflösung des ersten Kaufvertrages untergehen, wenn nicht eine besondere Vereinbarung dahin getroffen wäre, daß die Sicherheiten auch für den Umtauschkauf gelten sollten. Die Frage, ob nicht vielmehr die Pfand- oder Bürgenbestellung auch ohne weiteres für den zweiten Vertrag in Wirkung bleibt, ist deswegen grundsätzlicher Natur, weil sie auf alle Theorien anzuwenden ist, die den Kauf auf Umtausch in zwei Verträge zerlegen.

Der Auffassung Oertmanns wird man aber nicht zustimmen können, man wird vielmehr eine stillschweigende Vereinbarung zu unterstellen haben, daß die Bürgschaft auch für den Umtauschgegenstand mit übernommen ist. Dem Bürgen ist es gleichgültig, ob er für den oder jenen Gegenstand die Bürgschaft übernommen hat, ob der Gegenstand auf Grund des ersten Kaufvertrages von dem Käufer behalten worden ist oder ob er eine andere Sache dafür eingetauscht hat. Er haftet dem Verkäufer lediglich in Höhe des Kaufpreises für den ersten Gegenstand. Bernstein[23] führt hierzu mit Rücksicht auf die Verkehrsanschauung mit Recht aus: „Niemand, der sich für die Ansprüche des Verkäufers aus einem Umtauschkaufe verbürgt hat, wird auf den Gedanken kommen, daß er, wenn der Umtausch erfolgt ist, von seiner Verpflichtung aus der Bürgschaft frei wird. Denn die Ansprüche des Verkäufers aus einem mit Umtauschklausel geschlossenen Vertrage gehen auf Zahlung des Kaufpreises sowohl für die zuerst gekaufte wie für die eingetauschte Sache." Rechtliche Bedenken stehen dem nicht entgegen, da auch für künftige Forderungen gemäß §§ 765, 1204 Abs. 2 BGB. Bürgen und Pfänder bestellt werden können.

Wenn somit auch gegen die Theorie als eines auflösend bedingten Kaufes mit einem pactum de vendendo formell-juristisch nichts einzuwenden ist, so muß sie wegen ihrer mangelnden praktischen Verwendbarkeit abgelehnt werden.

c) Der Kauf auf Umtausch ist ein unter der auflösenden Bedingung des Abschlusses eines Tauschvertrages geschlossener Kauf mit einem pactum de permutando.

Diese Theorie wird zwar weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung ernstlich vertreten, doch wird in Iherings Zivilrechtsfällen[24] die Frage aufgeworfen, ob in der Rückgabe einer fest ge-

23) Bernstein, S. 47/48.
24) Iherings Zivilrechtsfälle 10. Aufl. S. 153; Nr. 83.

kauften Sache zum Zwecke des Umtausches gegen eine andere ein Tausch zu erblicken sei. Wenn man hier zwei voneinander unabhängige Verträge konstruieren wollte, würde die Umtauschklausel keine rechtliche Bedeutung haben, da der Umtausch dann nur freiwillig von dem Verkäufer vorgenommen zu werden brauchte. Die Umtauschklausel soll aber gerade dem Käufer ein Recht auf Vornahme des Umtausches einräumen, ihn also gegebenenfalls den Umtausch erzwingen lassen. Die Nebenabrede als eines pactum de permutando könnte sich dann nur als ein Vorvertrag zum Abschluß eines Tauschvertrages darstellen.

Pescatore[25] spricht zwar beim Umtauschkauf von einem pactum de permutando, er gebraucht diese Worte aber in einem anderen Zusammenhange.

Die Theorie selbst weist dieselben Nachteile wie die Konstruktion mit einem pactum de vendendo auf nur mit dem Unterschiede, daß im letzteren Falle das pactum auf Abschluß eines Kaufvertrages, während es hier auf Abschluß eines Tauschvertrages geht.

Bei einem Tausch auf Umtausch handelt es sich aber gar nicht um einen Tausch im Sinne des Gesetzes. Sein Begriff ist nicht besonders bestimmt, sondern als feststehend vorausgesetzt. Die Motive[26] bezeichnen als das unterscheidende Merkmal des Tausches gegenüber dem Kauf, daß er nicht auf Umsatz eines individuellen Wertes gegen Barzahlung eines Preises, sondern auf Umsatz eines individuellen Wertes gegen einen anderen individuellen Wert gerichtet ist. Dieses Verhältnis von Ware gegen Ware ist beim Umtauschkauf aber nur scheinbar vorhanden. Die Sache, die der Käufer zurückgibt, um dafür eine andere zu erhalten, funktioniert nicht als Ware, sondern „sie ist vielmehr Repräsentant des Kaufpreises".[27]

Zudem führen die Folgen bei Annahme eines Tauschvertrages zu unannehmbaren Ergebnissen. Das Gesetz bestimmt in § 515, daß

25) Pescatore: Die sog. altern. Obligation, 1880, S. 278. Er lehnt sowohl die Annahme eines resolutiv bedingten Kaufes wie die eines Vorvertrages zu einem Tauschvertrage ab und gibt dem Käufer ohne weiteres die Möglichkeit, von dem Verkäufer unmittelbar gegen Rückgabe der zuerst gekauften Ware den Ersatzgegenstand zu verlangen. Nach ihm „bestehen hier alternativ nebeneinander eine actio empti und je eine actio empti aus dem in continenti abgeschlossenen pactum adjectum de permutando". Es wird unten auf die Ansicht von Pescatore eingegangen.

26) Mot. Bd. II, S. 366; vgl. auch RG. Bd. 73, S. 88. RG. in Gruch. Beitr. Bd. 50, S. 843.

27) Siehe Gotthelf, S. 28; Seeger, S. 9.

auf den Tausch die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung finden, d. h. daß jeder der Vertragschließenden bezüglich des von ihm zu leistenden Gegenstandes als Verkäufer, hinsichtlich der ihm gebührenden Leistung als Käufer anzusehen sei.[28] War also z. B. die dem Käufer zuerst gelieferte Ware bereits bei der Uebergabe durch den Verkäufer mit einem Mangel, für den der Verkäufer sowieso einzustehen hätte, behaftet und der Käufer tauschte die Ware gerade dieses Mangels wegen um, so würde jetzt der Käufer in seiner Rolle als Verkäufer diesen Mangel dem Verkäufer und jetzigen Käufer gegenüber zu vertreten haben; das bedeutet aber, wie Oertmann[29] sich ausdrückt, den Gipfel der Widersinnigkeit.

Nach Dietz von Bayer[30] scheitere die Theorie vom Vorvertrag hauptsächlich daran, weil danach auch der Verkäufer ein selbständiges Recht gegen den Käufer auf Vornahme eines Tauschvertrages haben müßte; denn aus dem Vorvertrage seien beide Teile in gleicher Weise berechtigt, den Abschluß des Hauptvertrages zu verlangen.[31]

Schlielich ist in diesem Zusammenhange noch Kraus[32] zu nennen, der folgende Theorie für den Kauf auf Umtausch aufgestellt hat: „Der Kauf auf Umtausch ist ein fester, unbedingter Kaufvertrag, in Verbindung mit dem Nebenvertrag eines durch die Preislage bestimmten Gattungstauschvertrages mit Wahlrecht des Gläubigers".[33] Dieser Gattungstauschvertrag entstehe im Augenblick des Abschlusses des ersten Kaufvertrages, dessen sämtliche Wirkungen nach Uebergabe der Sache und Bezahlung des Kaufpreises erschöpft seien; die Wirkungen des zweiten Vertrages träten erst im Augenblick der Rückgabe der zuerst gelieferten Sache ein.[34]

28) Vgl. Prot. II, S. 130. Planck 2. Bd., 2. Hälfte § 515, 2 S. 771.,

29) Oertmann, in: Seuff. Bl. f. R. A. Bd. 71, S. 690

30) Dietz v. Bayer, S. 19.,

31) a. a. O. S. 6. Aus demselben Grund lehnt auch Kraus S. 66 die Theorie mit pactum de permutando ab. Reichel spricht in seinem Geleitwort in Rechtswissenschaftliche Studien Heft 21, 1924 von „dem rostigen Hebel des sog. Vorvertrages". „Ein konsensualer Vorvertrag, gerichtet auf Abschluß eines konsensualen Hauptvertrages, ist Unsinn und Unding. Dem deutschen BGB. ist dieser Begriff fremd; wer ihn aus § 610 herausliest, hat ihn zuvor hineingelesen".

32) Kraus, S. 68.

33) Kraus, S. 73/74; einen einfachen Tauschvertrag als dem zweiten Vertrage zugrunde liegend anzunehmen, erscheint ihm, obwohl sich seiner Ansicht nach „völlig Ware gegen Ware" gegenüberstehe, „nicht zweckmäßig".

34) Kraus, S. 70, S. 74.

Diese Theorie kann jedoch ebenfalls der Kritik nicht standhalten. Schon die Auffassung von der Gattung mutet eigenartig an. Nicht die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Warensorte, sondern die Preislage soll das entscheidende Gattungsmerkmal darstellen![35] Die Gattung kann im allgemeinen wohl aus der Höhe des Preises zu entnehmen sein, die Gleichheit des Kaufpreises kann aber m. E. nicht als Gattungsmerkmal beim Kauf auf Umtausch bezeichnet werden. Wenn sich weiter nach der Ansicht von Kraus nicht Ware und Preis, sondern Ware gegen Ware gegenüberstehen sollen, so widerspricht er sich, wenn er fortfährt, daß die alte Kaufsache „zwar Repräsentant des ursprünglichen Kaufpreises" sein soll.[36] Stehen sich aber Ware gegen Ware gegenüber, so kann die zweite Kaufsache nicht als Repräsentant des Kaufpreises angesehen werden. Auch bei seinen Ausführungen über die Bürgschaft verwickelt er sich in dieselben Widersprüche. Die Bürgschaft hafte nicht an dem zurückgegebenen Gegenstand, sondern an der Zahlung des Kaufpreises überhaupt.[37] Wenn aber danach nicht der Kaufgegenstand, sondern der Kaufpreis maßgebend sein soll, so kann sich auch nicht Ware gegen Ware gegenüberstehen.

Wenn Kraus[38] davon ausgeht, daß die Eintauschsache in der Regel als durch ihre Gattung begrenzt anzusehen ist, so ist nicht einzusehen, weshalb er den Umtauschkauf überhaupt in zwei Verträge zerlegt. Er selbst hebt hervor,[39] daß der Käufer beim Gattungstauschvertrage die Rechte nach § 480 habe. Wie in § 480 der Käufer kraft Gesetzes vom Verkäufer nicht die Eingehung eines Tauschvertrages, sondern auf Grund des ersten Kaufvertrages dessen Erfüllung verlangt, so begründet sich auch in analoger Anwendung beim Umtauschkauf das Recht des Käufers, auf Grund des ursprünglichen Kaufvertrages die Lieferung einer anderen Sache zu verlangen.

Diese Theorie, die wiederum ohne Grund einen einheitlich gedachten Vertrag in zwei Verträge zerlegt, ist also nicht, wie Kraus[40] meint, lediglich auf Bedenken ästhetischer Art beschränkt, es ergeben sich bei seiner Konstruktion sowohl schwerwiegende theoretische als auch praktische Bedenken. Im Ergebnis zeigen sich bei einem Gat-

35) a. a. O. S. 73.
36) Kraus, S. 65/66; auf Seite 73 sagt er wieder umgekehrt: „Von einer Repräsentation der Umtauschware als Preis kann ich nicht sprechen, da in unserem Fall der erste Kaufvertrag erledigt ist".
37) a. a. O. S. 80.
38) a. a. O. S. 6.
39) Kraus S. 79.
40) Kraus, S. 68.

tungstauschvertrage grundsätzlich dieselben unannehmbaren Folgen wie bei einem einfachen Tauschvertrage.

2) Der Kauf auf Umtausch ist ein Kauf mit einer in der Umtauschklausel zu findenden Offerte des Verkäufers

a) auf Lieferung der zweiten Ware.

Bernstein kann man als Begründer der sogen. Offertentheorie ansprechen. Nach seiner Ansicht[41] „liegt in dem Kauf auf Umtausch ein fest abgeschlossener Kauf; durch Einräumung des Umtauschrechtes macht der Verkäufer innerhalb dieses Kaufgeschäfts dem Käufer eine Offerte des Inhalts, ihm auf sein Verlangen anstatt der auf Umtausch gekauften Sache und gegen deren Rückgabe eine andere, die Eintauschsache, zu liefern. Die Annahme des Antrages ist in dem Verlangen des Käufers auf Lieferung der von ihm gewählten Eintauschsache unter Rückgabe der auf Umtausch gekauften Sache zu erblicken".

Wenn diese Theorie auch konstruktiv vieles für sich hat, so wird man sich ihr aus verschiedenen Gründen nicht anschließen können. Sie hat auch bisher allgemeine Ablehnung gefunden. Der Verkäufer hat nach dieser Auffassung in jedem Falle Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Käufer sein Umtauschrecht ausübt oder nicht. Zur Durchsetzung des Anspruches auf den Ersatzgegenstand braucht der Käufer nicht zwei Klagen anzustrengen, er kann vielmehr unmittelbar die zweite Ware vom Verkäufer verlangen, da der Käufer nur durch einseitige Erklärung die bereits vorliegende Offerte des Verkäufers anzunehmen braucht.

Auch daß der Antrag und die Annahme dieses Antrages zeitlich auseinanderfallen, kann nicht gegen die Theorie eingewandt werden. Denn die Vorschrift des § 147 Abs. 1 BGB. enthält dispositives Recht, und gerade die Umtauschklausel soll dem Käufer eine gewisse Ueberlegungs- und Prüfungszeit[42] gewähren, ob er von seinem Umtauschrecht Gebrauch machen will oder nicht.

Ebenso mangelt es auch nicht aus den bereits angeführten Gründen an der genügenden Bestimmtheit der Offerte. Sind Gegenstand und Preis der Eintauschsache nicht von vornherein bestimmt, so ist der Gegenstand durch das Warenlager des Verkäufers,

41) Bernstein, S. 79.

42) Für die Frist, innerhalb deren der Käufer die Offerte des Verkäufers anzunehmen hat, verweise ich auf die Ausführungen oben Seite 13, nach deren fruchtlosen Ablauf erlischt auch das Angebot des Verkäufers und damit das Umtauschrecht des Käufers.

Art und Zweck der Sache begrenzt. Der Preis hat grundsätzlich dem für die erste Sache gezahlten Kaufpreis zu entsprechen, er kann aber ebenso auch höher sein. Eine solche Vervollständigung des Vertragsinhalts dem Vertragsgegner zu überlassen, kann nach Riezler bei Staudinger[43] eine zulässige Verkehrsausübung sein.

Schließlich kann auch darin ein Bedenken gegen die Bernstein'sche Ansicht nicht erblickt werden, daß der Verkäufer etwa auf Grund seiner Offerte, dem Käufer jedes beliebige Stück aus seinem Warenlager als Eintauschsache zu liefern, während der Umtauschfrist seinen ganzen Lagerbestand zur Verfügung des Käufers halten müsse.[44] Wenn § 145 BGB. sogar jeglichen Ausschluß der Gebundenheit seitens des Offerenten zuläßt, so kann der Antragsteller seinen Antrag auch unter bestimmten Bedingungen und Einschränkungen stellen. Die in der Umtauschklausel liegende stillschweigende Offerte des Verkäufers kann sich daher nur auf diejenigen Gegenstände beziehen, die zur Zeit der Vornahme des Umtausches noch am Warenlager des Verkäufers vorhanden sind.

Priester[45] glaubt die Bernstein'sche Theorie aus dem Grunde ablehnen zu müssen, weil es ihm beim Umtausch durch einen Dritten „unerfindlich" ist, wodurch der Dritte berechtigt sein solle, die dem Käufer gemachte Offerte annehmen zu können. Eine Offerte erzeuge kein subjektives Recht, weder ein schwebendes noch ein Anwartschaftsrecht, da die Rechtswirkung dieser Willenserklärung noch von anderen Voraussetzungen, der Annahme, abhängig sei. Von einem Recht des Oblaten, die Offerte des Antragenden anzunehmen, könne daher „mit Fug" nicht gesprochen werden. Somit sei auch die Annahme der Uebertragung eines gar nicht bestehenden Rechtes ausgeschlossen. Diese Ansicht ist aber irrig. Die herrschende Meinung[46] hat die Annahme der Offerte, aus der dem Empfänger ein Gestaltungsrecht erwächst, als ein subjektives Recht anerkannt. Da grundsätzlich die Uebertragbarkeit der Gestaltungsrechte zu bejahen ist, gilt dieser Grundsatz auch für die Uebertragung des Rechtes aus der Offerte.[47]

43) Staudinger, 9. Aufl. 1. Bd. § 145, Anm. 2 S. 614.

44) Mittelhaus S. 50 lehnt m. E. zu Unrecht eine Bindung des Verkäufers auf eine bereits bei Kaufabschluß bestimmte Ersatzware grundsätzlich ab.

45) Priester, S. 43/45.

46) RGRKomm. 2 zu § 145; Oertmann, Kommentar 1927, § 145, III a; v. Tuhr, a. a. O. I, S. 162. II, 1 S. 468; jetzt auch dem Grunde nach das RG. in RG. Bd. 111, S. 47; siehe auch Andreä S. 55 57, 58.

47) Siehe Andeä, S. 67 ff, Kühne S. 54.

Wenn Bernstein[48] aber weiter ausführt, der Kauf auf Umtausch stelle sich als „ein einheitliches Kaufgeschäft" dar, das weder der „Zerlegung in zwei Verträge, noch der Annahme einer Nebenabrede" bedürfe, so verwickelt er sich damit in einen Widerspruch. Denn die nach seiner Auffassung vorliegende Offerte des Verkäufers kann nichts weiter als ein Vertragsangebot zur Schließung eines neuen Vertrages sein. Bernstein hätte also folgerichtig zur Annahme zweier Verträge gelangen müssen. „Die Einschachtelung eines Vertragsangebotes samt dem dazu gehörigen Vertrage in einen anderen Vertrag, den „einheitlichen Umtauschkauf" muß als unzulässig bezeichnet werden.[49]

Bernstein selbst gibt zu, daß das von ihm gedachte Rechtsverhältnis in den Vorschriften des Gesetzes über die einzelnen Vertragstypen an sich keine direkte Stütze finde.[50] Auch seine analoge Anwendung des § 375 HGB. dürfte nicht zutreffen. Denn während beim Spezifikationskauf der Käufer lediglich „die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse" der Kaufsache festsetzt, so soll beim Kauf auf Umtausch der Käufer die Kaufsache selbst erst bestimmen. Während weiter beim Spezifikationskauf die Einigung über die Ware erfolgen soll, liegt diese beim Umtauschkauf bereits vor. Durch die Offerte würde dann eine weitere Einigung „innerhalb des Kaufgeschäftes", also „eine Einigung innerhalb einer Einigung[51] erzielt und durch diese Einigung jene aufgehoben werden!

Auf die Natur des durch die Annahme der Offerte zustande gekommenen Vertrages bezw. Schuldverhältnisses geht Bernstein überhaupt nicht ein. Man wird aber aus den Umständen annehmen müssen, daß die Offerte auf Schließung eines neuen Kaufvertrages gerichtet sein soll.[52] Aber ebenso wie „ein Vertrag im Vertrage"

48) Bernstein, S. 77.
49) Mittelhaus, S. 52.
50) a. a. O. S. 78.
51) Riebow S. 48.
52) Mittelhaus S. 52/53 lehnt diese Annahme mit der Begründung ab, „weil es widersinnig wäre, daß beim Abschluß eines Geschäfts, des Kaufes auf Umtausch, zugleich ein Vertragsantrag gestellt werden sollte, der auf Auflösung dieses Geschäfts und Ersatz desselben durch ein anderes hinzielt". Ich sehe nicht ein, weshalb diese Möglichkeit nicht bestehen sollte. Mittelhaus sieht wie Pietrkowski S. 44 und Kraus S. 61 in dem zweiten Vertrag einen Tauschvertrag. Dem wird man aber nicht zustimmen können, zumal Bernstein auf S. 52/54 eine solche Annahme bereits bei seiner Betrachtung über das pactum de permutando entschieden abgelehnt hat.

nicht zu verwenden ist, muß die Annahme eines zweiten selbständigen Vertrages abgelehnt werden.

Diese Lösung, die Bernstein zudem nicht bis zuletzt durchgeführt hat, kann daher auch nicht dem einheitlich gedachten Kauf auf Umtausch gerecht werden.

b) auf eine Schuldinhaltsänderung.

Lasch[53] teilt grundsätzlich die Ansicht Bernsteins, nur legt er sie dahin aus, daß der Verkäufer durch die Einräumung der Umtauschklausel dem Käufer nicht eine Offerte zum Abschluß eines neuen Kaufvertrages, sondern zu einem Nebenvertrag über eine nachträgliche Ersetzung des ursprünglichen Schuldgegenstandes durch einen anderen mache. Nach ihm stellt „sich der Kauf auf Umtausch als ein fest abgeschlossener Kauf mit einer dem Käufer vom Verkäufer in Form einer Nebenabrede gemachten Offerte zu einer nachträglichen Schuldinhaltsänderung" dar.[54]

Man wird Lasch folgen müssen, wenn er die Ersetzung der ersten Ware durch einen Ersatzgegenstand lediglich als eine Schuldinhaltsänderung und nicht als die Aufhebung der alten und Begründung einer neuen Schuld ansieht. Die Ansicht[55], die nur bei der Modifikation von bloßen Nebenpunkten eines Schuldverhältnisses, z. B. Aenderung der Fälligkeit, des Zinssatzes, des Leistungsortes oder auch eine unbedeutende Erhöhung oder Verminderung der Leistung, eine Schuldinhaltsänderung annimmt, ist als verfehlt zu bezeichnen, da nicht rein schematisch allein Aeußerlichkeiten, im besonderen die Feststellung, ob ein essentiale oder ein accidentale des Vertrages geändert wird, für die Annahme oder Ablehnung eines Abänderungsvertrages ausschlaggebend sein können.[56] Wenn eine Forderung unbeschadet ihrer Identität durch Zession oder Schuldübernahme auf einen neuen Gläubiger oder Schuldner übertragen werden kann, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch in bezug auf

53) Lasch, S. 82.

54) Diese Auslegung, es handele sich um „eine nebenherlaufende Offerte auf Abschluß eines Schuldabänderungsvertrages", hat bereits Priester S. 42 der Bernsteinschen Theorie gegeben.

55) Oertmann, Kommentar zu § 305; Meyer, in: Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 87, § 6, S. 103; Bechmann II, S. 481 und 485.

56) Cramer, S. 14. Zu weit geht Klein, Oester. Z. Bl. 24,9 ff., zit. bei Oertmann 1928 zu § 305, 2 S. 226, der den Begriff der Novation ganz verwirft; es soll gemäß § 607 Satz 2 BGB. sogar dann eine bloße Umänderung vorliegen können, wenn das Schuldverhältnis nach der vertraglichen Inhaltsänderung einem anderen Geschäftstypus unterfällt.

57) Enneccerus, 15.—17. Aufl. 1922, 1. Bd. 2. Abtl. § 265, I,

den Inhalt eine Aenderung eines wesentlichen Punktes ohne Zerstörung des Schuldverhältnisses soll vereinbart werden können.[57] Die Entscheidung dieser Frage ist daher dem Parteiwillen und der wirtschaftlichen Bedeutung der Abänderung überlassen.[58] Denn unter Berücksichtigung des Rechtes der „Gestaltungsfreiheit" muß es den Parteien unbenommen sein, ohne Beeinträchtigung der Existenz eines Schuldverhältnisses dessen Inhalt auszugestalten oder zu verändern, wie es ihnen beliebt. Mithin liegt auch bei Aenderung eines Hauptbestandteiles eines Vertrages, sofern nur die Absicht der Parteien auf Erhaltung der alten Obligation und bloße Abänderung innerhalb des bestehenden Schuldverhältnisses gerichtet ist, wie beim Kauf auf Umtausch die Ersetzung des ursprünglichen Kaufgegenstandes durch einen anderen, eine Schuldinhaltsänderung und nicht eine Schuldumwandlung vor.

Lasch begeht aber in seinen weiteren Ausführungen denselben Fehler wie Bernstein. Er lehnt zwar die Theorie Bernsteins mit der Begründung ab, „weil zwei ineinander geschachtelte Verträge konstruktiv unzulässig sind, oder aber, weil sie in den Fehler der Vertragstheorie verfällt", seine eigene Theorie hätte ihn aber auch zur Annahme zweier Verträge gelangen lassen müssen. Er vertritt zwar den richtigen Standpunkt, daß die Parteiabsicht nur auf die Ersetzung des ursprünglichen Kaufgegenstandes durch einen anderen gehe, ohne dadurch den Bestand des alten Schuldverhältnisses in Frage zu stellen, er fährt aber fort, „da der alte Vertrag fest geschlossen und nur im Hinblick auf den Kaufgegenstand eine Einschränkung gemacht worden war, soll dieser (nämlich der alte Vertrag) auch nach vollzogenem Umtausch aufrecht erhalten bleiben."[59] Lasch scheint die Entstehungsursache, die Quelle eines Schuldverhältnisses, den Vertrag, mit der Wirkung des Vertrages, dem Schuldverhältnis, zu verwechseln. Der Abänderungsvertrag greift nicht in den der Vergangenheit angehörenden begründenden Vertrag, sondern in das bestehende Schuldverhältnis ein. Der Abänderungsvertrag ist weder ein pactum adjectum neben dem ersten Vertrage,[60] noch ein Bestandteil des alten Vertrages,[61] er ist vielmehr ein selbständiger Vertrag. Nicht der Vertrag wird abgeändert, sondern „nur

58) Enneccerus, a. a. O. § 265, II u. Anm. 4 daselbst; Kommentar v. Planck u. Oertmann zu § 305.

59) Lasch, S. 85.

60) Gruch. Bd. 49, S. 248; Enneccerus 15./17. Aufl. 1922, § 265, II, 2 Anm. 6,

61) Vgl. RG. Bd. 51, S. 181; Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 87, S. 105, wonach er eine Nachtragsbestimmung zum Hauptvertrage sein soll

die aus dem Vertrage entstehenden Rechtswirkungen, das Schuldverhältnis",[62] und zwar tritt diese Abänderung auf Grund eines neuen Vertrages, nämlich des Schuldabänderungsvertrages, ein.

Lasch[63] verneint im Gegensatz zu Reichel[64] die Möglichkeit, daß die Schuldinhaltsänderung durch ein reines Gestaltungsrecht des Käufers erfolgen könne, da es sich bei der Umtauschabrede um ein durch „Parteivereinbarung" zustande gekommenes Gestaltungsrecht handele. Die Einheitlichkeit des Kaufgeschäftes werde durch den Nebenvertrag nicht in Frage gestellt, da der Inhalt des übergeordneten Hauptvertrages durch einen untergeordneten Nebenvertrag eine Aenderung erfahre.

Wenn auch gegen diese Theorie rechtliche Bedenken nicht erhoben werden können, so erscheint die Lösung deshalb unbefriedigend, weil auch Lasch, entgegen seiner eigenen Ansicht, mit zwei Verträgen arbeiten muß. Dieses Bedenken ist nach Oertmann[65] „ein im Grund mehr doktrinäres: es erscheint unter allen Umständen als mißlich, einen nach seiner empirischen Eigenart, seiner Zweckbestimmung einheitlich gedachten Akt rechtlich in eine Mehrheit von Geschäften zu zerlegen. Ein solches Zerpflückungssystem, Liebling aller Anfänger und Formalisten, wirkt sozusagen ästhetisch unschön und führt leicht zu gezwungenen, das Wesen der Sache verfälschenden Ergebnissen. So auch hier: denn daß der unbefangene Sinn der Parteien sich den alten und den Ersatzkauf als einheitlich gedacht hat, daß sie damit einen und denselben unverändert gebliebenen Geschäftszweck verfolgt haben, kann mit Fug nicht bestritten werden."

3. Der Kauf auf Umtausch ist ein einheitlicher Vertrag mit einem dem Käufer gewährten einseitigen Umtauschrecht.

Nur die Konstruktion wird dem wahren Wesen des Kaufes auf Umtausch gerecht und entspricht der Parteiabsicht, die auf Grund des ersten Vertrages dem Käufer, unabhängig von der Zustimmung des Verkäufers, die rechtliche Möglichkeit gewährt, durch einseitige Erklärung vom Verkäufer die zweite Ware zu verlangen.

62) Cramer, S. 42; Sardemann S. 24.

63) Lasch, S. 24.

64) Nach Lasch S. 77 gehört nach der Ansicht von Riebow der Kauf auf Umtausch „in das Gebiet der Schuldinhaltsänderung, die ausnahmsweise nicht durch Parteivertrag, sondern durch einseitigen Gestaltungsakt vollzogen werden kann". Diese Ansicht vertritt nicht Riebow, sondern Reichel in dem Geleitwort zu Riebow's Kauf auf Umtausch. In: Rechtswiss. Studien, Heft 21, 1924. Auf diese Auffassung wird unten bei der Betrachtung der Ersetzungsbefugnis des Käufers als Gläubiger eingegangen.

65) Oertmann, in: Seuff. Bl. f. R. A. Bd. 71, S. 695.

Eine Entscheidung des Bremer Handelsgerichts[66] führt hierzu aus: In einer solchen Beredung sei eine Resolutivbedingung zu finden, bei welcher das Kaufgeschäft an sich bestehen bleibe und nur seitens des Käufers ein Umtausch verlangt werden könne.

Klarer bringt dies eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden[67] zum Ausdruck, nach der es „der Natur der Sache mehr entsprechen dürfte, daß ein einziges Kaufgeschäft zustande kam, bei dem nur die Festsetzung des ersten Stückes nach Absicht der Parteien keine endgültige sein sollte".

Auf die Entscheidung beruft sich auch Warneyer[68], nach dem „die Festsetzung des Kaufgegenstandes keine endgültige sei, der andere Teil aber bereits als Käufer berechtigt und verpflichtet sein solle".

Auch nach Lindemann-Soergel[69] ist „der Kauf mit Umtauschberechtigung ein einziges Kaufgeschäft, bei welchem an die Stelle des vorläufig verkauften Gegenstandes, wenn der Käufer rechtzeitig seine Unzufriedenheit ausspricht, ein anderer tritt."

In diesem Zusammenhange ist noch Staub[70] zu erwähnen, der ausführt: „Ist Ware und Preis bestimmbar, so ist die Festsetzung des ursprünglich gekauften Gegenstandes keine endgültige; er wird durch den anderen bestimmbaren Gegenstand ersetzt, wenn der Käufer in der gehörigen Frist die Umtauscherklärung abgibt."

Diese Ansichten zerreißen den Kauf auf Umtausch nicht in zwei Verträge, sondern schließen die Verpflichtung des Verkäufers auf Lieferung der zweiten Ware aus dem ersten Vertrage. Welche rechtliche Figur aber dem Käufer ein solches Recht, innerhalb eines einheitlichen Kaufvertrages anstatt der gelieferten Ware vom Verkäufer eine andere verlangen zu können, gewährt, lassen sie offen. Die Theorien, die allein diesem Erfordernis gerecht werden, sind das Wahlschuldverhältnis mit Wahlrecht des Käufers als Gläubiger und die Ersetzungsbefugnis des Käufers als Gläubiger.

---

66) Entsch. d. Bremer Handelsgerichts v. 5. 4. bis 15. 5. 1866 in Buschs Arch. Bd. 11, S. 6 ff. Die Gründe drücken sich aber so unklar aus, daß auch ein auflösend bedingter Vertrag mit einem pactum de vendendo gemeint sein kann.

67) Urt. d. OLG. Dresden v. 11. 5. 1900 i. Sächs. Arch. f. bürgerl. R. u. Prozeß, Bd. 10, S. 516.

68) Warneyer, 1. Aufl. 1923, § 495, II, 3iff. 1 S. 829.

69) Lindemann-Soergel, 3. Aufl. 1925, Bd. 1, § 433, I, Anm. 3.

70) Staub, 11. Aufl. 1921, Erk. zu § 382, Anm. 15.

a) Der Kauf auf Umtausch ist ein Wahlschuldverhältnis mit Wahlrecht des Käufers als Gläubiger.

Die Auffassung, daß der Kauf auf Umtausch ein Wahlschuldverhältnis mit Wahlrecht des Käufers als Gläubiger begründe, ist zuerst von Springer[71] vertreten worden. Die Umtauschklausel enthalte für den Käufer das Wahlrecht entweder die erste Ware zu behalten oder eine andere dafür einzutauschen. Sei die Wahl getroffen, entweder dadurch, daß der Käufer die zunächst gekaufte Sache behalten zu wollen erklärt oder dadurch, daß er eine neue begehre, so beschränke sich der Kauf nunmehr auf die gewählte Sache und es werde so angesehen, als wäre diese Sache von Anfang an Gegenstand des Kaufes gewesen.

Nach Pescatore[72] bestehen „alternativ nebeneinander eine actio empti und je eine actio empti aus dem in continenti abgeschlossenen pactum adjectum de permutando". Die Geltendmachung eines dieser Ansprüche schließe hier, wie überall im Falle des alternativen Nebeneinanderbestehens mehrerer Forderungsrechte die Geltendmachung der übrigen Ansprüche aus. Die Voraussetzung der Fortexistenz der Forderungsrechte sei die Fortdauer der Verpflichtung zur Leistung, bezw. zum habere licere praestare der auf Umtausch gekauften Sache. Gehe diese kasuell unter, so könne „anstatt" der Leistung dieser Sache nichts mehr geleistet werden, gegen die nicht mehr existierende Forderung auf diese Sache könne keine andere Forderung auf den Ersatzgegenstand eingetauscht werden.

Endemann[73] spricht ebenfalls, allerdings ohne jede Begründung, von einem „Wahlschuldverhältnis in Verbindung mit einem Kauf auf Probe".

Moritz[74] erscheint es „als unzweifelhaft, daß in dem Kauf mit Vereinbarung des Umtausches juristisch ein Wahlschuldverhältnis mit Wahl des Gläubigers zu sehen ist, bei dem nur eine Leistung in erster Linie ins Auge gefaßt ist".

---

71) Springer, S. 11.
72) Pescatore, Die sog. alternative Obligation 1880, S. 278/279.
73) Endemann, § 157 a Anm. 2 S. 915.
74) Moritz, S. 30. Er folgt mit seiner Definition Pescatore (a. a. O. S. 277).

Mittelhaus[75] empfiehlt „im Zweifel" die Annahme dieser Konstruktion als der geeignetesten, „da trotz der Uebergabe der zuerst gekauften Sache an den Käufer diesem nach wie vor die Leistung der auf Umtausch gekauften Sache wie die der Ersatzware vom Verkäufer geschuldet werden — alternativ in obligatione sind — und sich gegen die Konstruktion des Kaufes auf Umtausch als eines Wahlschuldverhältnisses mit Wahlrecht des Käufers als Gläubigers bezüglich der Ware im Sinne der §§ 262 ff. BGB. keinerlei Bedenken erheben lassen."

Schließlich vertritt diese Ansicht „im Zweifel" auch Pietrkowski,[76] da diese Konstruktion des Kaufes auf Umtausch als einer Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers „einwandfrei" sei.

Die Beantwortung der Frage, ob der Kauf auf Umtausch als ein Wahlschuldverhältnis mit Wahlrecht des Gläubigers bezeichnet werden kann, ergibt sich aus dem Wesen des Wahlschuldverhältnisses und den daraus entspringenden praktischen Folgen.

Die Wahlschuld, Alternativobligation, auch Disjunktivobligation genannt, ist „dasjenige Schuldverhältnis, welches auf mehrere Leistungen in der Weise gerichtet ist, daß nur die eine oder die andere erfolgen soll, die sämtlichen Leistungen aber von Anfang an bis zu der Entscheidung, welche derselben wirklich zu bewirken ist, in obligatione sind". Dies ist die Definition, die nach den Motiven[77] bei der Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches zugrunde gelegt worden, und die in den Worten des Gesetzes im § 262 „werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist . . .", wiedergegeben ist.

Die juristische Natur der Wahlschuld bildete schon in der gemeinrechtlichen Lehre „einen Tummelplatz für neue Quelleninterpretationen und geistreiche Konstruktionen",[78] die Bernstein[79] sogar bis zu den Zeiten der römischen Juristen zurückverfolgen zu können glaubt. Der Eifer, mit dem die einzelnen Theorien gegeneinander verfochten werden, ist allerdings unbegreiflich, da irgend-

---

75) Mittelhaus, S. 72 74. Mittelhaus S. 74 u. Pietrkowski S. 53 erkennen in den Fällen, wo über Gegenstand und Preis eine weitere Einigung nach Lage der Sache nicht zu vermeiden sei, die Theorie des auflösend bedingten Kaufes trotz der gegen sie erhobenen Bedenken an. Sollte dann noch die Theorie als eines Wahlschuldverhältnisses mit Wahlrecht des Gläubigers als „einwandfrei" bezeichnet werden können?

76) Pietrkowski, S. 53.

77) Mot. Bd. II, 6.

78) Leonhard, in: Iherings Jahrb. Bd. 41, S. 1.

79) Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen, 1878, S. 3 ff.

welche Unterschiede in der praktischen Behandlung der Wahlschuldverhältnisse aus der Verschiedenheit der einzelnen Lehrmeinungen nicht erwachsen.[80] Es handelt sich bei dem ganzen Streite „lediglich um eine Formulierungsfrage gegenüber einem unzweifelhaften Sachverhalt".[81]

Ein weiterer Streitpunkt ist die Frage nach dem Objekt des Wahlschuldverhältnisses. Der scheinbare Widerspruch im Wortlaut des § 262 zwischen dem „Geschuldetsein" mehrerer Leistungen und dem Bewirken nur einer von ihnen, besteht in Wirklichkeit nicht. Denn eine mehrfache Schuld im Sinne des § 241, die nach dieser Vorschrift das Gebot mehrfacher Bewirkung enthalten müßte, wird in § 262 ausdrücklich abgelehnt. Hier besagt vielmehr das „Geschuldetsein" — im Gegensatz zu § 241 — nur, daß die „geschuldeten" Leistungen als Erfüllungsgegenstand gewählt werden können, und daß der Schuldner bezüglich keiner von ihnen ungebunden erscheint. Das kann aber nicht dazu führen, den Verkäufer für verpflichtet zu erachten, bis zu dem vorzunehmenden Umtausch alle zur Zeit des Kaufabschlusses am Lager befindlichen Waren zur Verfügung des Käufers zu halten. Da die Bestimmungen über die Wahlschuld dispositiver Natur sind, braucht man nicht zu diesem „ungeheuerlichen Resultate"[82] zu gelangen. Die Wahl des Käufers hat sich vielmehr ebenso wie bei der Offertentheorie mit Rücksicht auf die Parteiauffassung und Treu und Glauben nur auf die Gegenstände zu erstrecken, die zur Zeit des Umtausches noch am Lager des Verkäufers vorhanden sind.

Die Vertreter dieser Theorie erkennen aber nicht, daß bei der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht der Verkäufer bis zur Ausübung der Wahl noch gar nicht weiß, was er zu leisten haben wird, es soll überhaupt erst später eine „Interessenabwägung" stattfinden, während beim Kauf auf Umtausch der Verkäufer nicht im Ungewissen schwebt, was er zu leisten, und daß er nur damit zu rechnen hat, daß vielleicht die Umstände demnächst eine a n d e r e Interessenabwägung ergeben können[83]. Die Unbestimmtheit des Leistungsgegenstandes wird erst durch Ausübung der Wahl zu einer Bestimmtheit — beim Kauf auf Umtausch verändert die Ausübung des Umtauschrechtes die vorhandene Bestimmtheit zu einer anderen Be-

80) A. M. Litten, S. 79 ff., gegen ihn treffend Pescatore, S. 130 ff., ebenso Bernstein, S. 21; Leonhard, S. 64; Weißmann, S. 17.
81) Eck, S. 257, Anm. 2.
82) Gotthelf, S. 14.
83) Gernsheim, S. 68; Litten, S. 97.

stimmtheit.[84] Der Ersatzgegenstand ist nicht alternativ geschuldet, so daß eine Klage alternativ auf die erste oder zweite Leistung gerichtet werden kann, es ist vielmehr nur ein Gegenstand geschuldet, der eventuell durch einen anderen ersetzt werden kann.[85]

Aber noch eine weitere Betrachtung beweist, daß die Konstruktion einer Wahlschuld nicht auf den Kauf mit Umtausch passen kann. Ein Wahlschuldverhältnis setzt immer einen noch nicht erfüllten Vertrag voraus, die sämtlichen geschuldeten Leistungen sind „in obligatione" und nur eine Ware ist „in solutione". Ist denn nicht aber beim Kauf auf Umtausch durch Leistung der einen Ware das Wahlschuldverhältnis konkretisiert und damit dieses erloschen, so daß ein weiteres Wahlrecht nicht mehr ausgeübt werden kann?

Bernstein[86], der selbst eine andere Auffassung vertritt, versucht diese schwerwiegenden Bedenken dadurch zu entkräften, daß er „in der Uebergabe der auf Umtausch gekauften Sache an den Käufer nicht die endgültige Bewirkung einer der geschuldeten Leistungen" erblickt. Diese erfordere die Einigung beider Parteien darüber, daß durch die betreffende Leistung das ganze Schuldverhältnis zum Erlöschen gebracht werden solle. Diese Ansicht kann jedoch nicht gebilligt werden. Eine Leistungsbewirkung liegt bereits schon dann vor, „wenn sich beide Parteien darüber einig sind, eine Leistung gemäß dem Vertrage hinzugeben bezw. anzunehmen", „ob sich aus demselben Vertrage noch andere Rechte oder Pflichten ergeben, wie hier die Pflicht des Verkäufers, eventuell doch noch eine

84) An einem Beispiel soll der grundlegende Unterschied zwischen einem Wahlschuldverhältnis mit Gläubigerwahlrecht und dem Umtauschkauf gezeigt werden: A und B schließen einen Vertrag dahin ab, daß A als Gläubiger wählen dürfe, ob B ihm den Gegenstand X oder Y — nach dem Belieben des A — zu übereignen hat. Es wird niemand bestreiten wollen, daß es sich hier um einen typischen Fall eines Wahlschuldverhältnisses handelt. Es kann keine Rede davon sein, daß bei der zwischen A und B getroffenen Vereinbarung etwa ein Umtauschkauf vorliegt. Dazu hätten die Parteien folgendes vereinbaren müssen: B hat dem A den Gegenstand X zu liefern, falls aber A es wünschen sollte, habe B den Gegenstand Y an Stelle des Gegenstandes X zu liefern. Ein Kauf auf Umtausch kann daher niemals ein Wahlschuldverhältnis mit Gläubigerwahlrecht sein.

85) Rehbein II. Bd. 03. „Zu beachten ist, daß Alternative im Sinne des § 262 nicht vorliegt, wenn ein Rechtsverhältnis fest begründet, wenn von Anfang an nur ein Gegenstand geschuldet, der Schuldner aber befugt ist, sich von der einen geschuldeten Leistung durch eine andere zu lösen oder der Gläubiger berechtigt ist, an Stelle der geschuldeten eine andere zu fordern, facultas alternativa"

86) Bernstein, S. 60; ebenso Pietrkowski, S. 48; Mittelhaus, S. 67.

andere Ware liefern zu müssen, ist für die Frage der Leistungsbewirkung gleichgültig".[87]

Beim Kauf auf Umtausch will der Verkäufer aber gerade mit Hingabe der ersten Sache die schuldige Leistung bewirken, und der Käufer will die Ware als Leistung aus dem Kaufvertrage entgegennehmen. Die zuerst gekaufte und übergebene Sache kann mithin nicht mehr „in obligatione", kann nicht mehr geschuldet sein. Der Umstand, daß danach nur noch der Ersatzgegenstand in obligatione ist, widerspricht aber den dem Wahlschuldverhältnis eigentümlichen Merkmalen.

Bernstein[88] kommt aus einem anderen, jedoch nicht zutreffenden Grunde zur Ablehnung einer obligatio alternativa. Da die Uebergabe der zuerst gekauften Sache nicht die endgültige Bewirkung einer der geschuldeten Leistungen darstelle, könne seiner Meinung nach auch das Eigentum an dieser Sache nicht auf den Käufer übergegangen sein. Der Käufer wolle, was aus dem Umtauschzweck zu schließen sei, lediglich den Besitz der Ware erwerben. Mit der Uebergabe als bloßer Besitzübertragung sei aber aus dem Wortlaut des § 446 BGB. nicht ohne weiteres auch der Gefahrübergang auf den Käufer zu schließen. Der Käufer würde also bei zufälligem Untergang der Ware berechtigt sein, vom Verkäufer noch die Eintauschsache zu verlangen. Der Umstand, daß die Ausübung des Umtauschrechtes die Rückgabe der auf Umtausch gekauften Sache zur Voraussetzung habe, der Käufer aber in diesem Falle dazu nicht mehr in der Lage sei, läßt Bernstein zur Verwerfung der Theorie gelangen.

Man wird diesen Ausführungen Bernsteins nicht beitreten können und annehmen müssen, daß mit der Uebergabe der Sache auch die Gefahr des zufälligen Unterganges gemäß § 446 BGB. auf den Käufer übergegangen ist, wobei man allerdings zum mindesten eine Eigentumsverschaffungsabsicht zu unterstellen haben wird. Es wird auch dem Käufer beim Kauf auf Umtausch kaum der Gedanke kommen, daß bei zufälligem Untergang der Ware beim Käufer der Verkäufer die Gefahr trage, er also ohne weitere Bezahlung vom Verkäufer einen anderen Gegenstand fordern könne.

Nach alledem muß auch die Theorie des Wahlschuldverhältnisses mit Gläubigerwahlrecht als mit der Parteiauffassung und den tatsächlichen Vorgängen beim Kauf auf Umtausch unvereinbar bezeichnet werden. So bleibt schließlich nur noch die Theorie übrig,

87) Riebow, S. 50; vgl. Lasch, S. 64; Moeller, S. 48.
88) Bernstein, S. 61/62.

die in der Ausübung des Umtauschrechtes eine Ersetzungsbefugnis des Käufers als Gläubiger erblickt.

b) Der Kauf auf Umtausch ist ein Kauf mit Ersetzungsbefugnis des Käufers als Gläubiger.

Als Begründer dieser Lehre für den Kauf auf Umtausch ist Gotthelf[89] zu bezeichnen, nach dem sich „der Kauf mit der Befugnis des Käufers, anstatt der Kaufsache ein anderes Exemplar zu fordern, als Kauf mit alternativer Ermächtigung des Gläubigers darstellt". Allerdings weicht er durch seine Annahme, daß das Rechtsverhältnis in einen resolutiv bedingten Spezieskauf und einen suspensiv bedingten, beschränkt generellen Kauf aufzulösen sei, insoweit von der hier vertretenen Meinung ab.

Auch die bereits oben genannte Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden vom 11. 5. 1900[90] sieht in dem Umtauschkauf ein fest abgeschlossenes einziges Kaufgeschäft, das den Käufer berechtige und verpflichte, während lediglich die Festsetzung des gekauften Stückes keine endgültige sei, sondern dem Käufer das Recht zustehen solle, einseitig kraft einer Aeußerung seines Willens den Ersatzgegenstand zu fordern.

Oertmann[91] steht bei seiner zuletzt vertretenen Ansicht auf demselben Standpunkt, da diese Konstruktion „durch ihre Natürlichkeit und Einfachheit alle anderen übertrifft und dabei auf alle Zweifelsfragen eine zutreffende Antwort gibt".

Ebenso liegt nach Düringer-Hachenburg[92] beim Umtauschkauf „ein unbedingter Kauf vor, bei dem nur dem Käufer die

89) Gotthelf, S. 29/30.

90) Urt. d. OLG. Dresden vom 11. Mai 1900 im Sächs. Arch f. bürgerl. Recht u. Prozeß, Bd. 10, S. 516. Auf dieses Urteil nimmt auch die Entscheidung des OLG. Dresden vom 15. 3. 1905 in Stölzle „Gerichtliche Entscheidungen des ersten Jahrzehnts des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Viehkauf", S. 99. bezug: Hier wird das „Recht des Käufers, an Stelle des ursprünglichen Kaufgegenstandes die Lieferung einer anderen Sache zu verlangen", „nicht auf einen neuen, unter Aufhebung des ursprünglichen Kaufes abgeschlossenen Tauschvertrag, sondern auf den ursprünglichen Kaufvertrag begründet, der durch die Umtauschvereinbarung nur seinem Inhalte nach, nämlich hinsichtlich des Kaufgegenstandes, abgeändert ist"; (siehe auch Stölzle „Viehkauf" (Viehgewährschaft) nach Bürgerlichem Gesetzbuch und ausländischem Recht 1926 zu § 487, V B, S. 262).

91) Oertmann, in: Seuff. Bl. f. R. A. Bd. 71, S. 695; Kommentar zu § 495.

92) Düringer-Hachenburg, 2. Aufl. 1913, Bd. 3, I,1 Anm. 290.

Ermächtigung zusteht, an Stelle der zuerst gelieferten Ware eine andere zu verlangen".

Ferner entspricht nach Riebow[93] beim Kauf auf Umtausch die Konstruktion „eines Kaufes mit facultas alternativa des Käufers als Gläubigers am besten dem hervorgetretenen Parteiwillen".

Weiter ist als Vertreter dieser Ansicht Priester[94] zu nennen, da „diese Meinung durch ihre Einfachheit und Ungezwungenheit spielend alle Zweifel zu beheben vermag", die sich bei den anderen Konstruktionen in so reichem Maße eingestellt haben.

Auch Planck[95] sieht in seiner letzten Auflage in dem Kauf mit Umtauschklausel „regelmäßig einen unbedingten Kauf mit einer dem Käufer oder statt seiner einem Dritten ausbedungenen facultas alternativa".

Schließlich scheint Staub[96] in dem Umtauschkauf, der ein unbedingter sei, bei Bestimmbarkeit des Kaufgegenstandes und Preises eine Ersetzungsbefugnis mit Wahlrecht des Käufers zu erblicken, „die Festsetzung des ursprünglich gekauften Gegenstandes ist keine endgültige, er wird durch den anderen bestimmbaren Gegenstand ersetzt," wenn der Käufer den Umtausch erkläre.

Dieses interessante und heiß umstrittene Rechtsgebilde ist in der Literatur als „facultas alternativa",[97] „Eventualobligation", „alternative Ermächtigung",[98] „Lösungsbefugnis"[99] u. a. bezeichnet

93) Riebow, S. 63.

94) Priester, S. 52/53.

95) Planck, 2. Bd. 2. Hälfte, 4. Aufl. 1928, zu § 495, 1 S. 755: „Unter Umständen — auf die er aber nicht eingeht — sei der Umtauschkauf auch als unter der auflösenden Bedingung des Abschlusses eines anderen Kaufes über Waren des Verkäufers zu mindestens demselben Preise und unter der Verpflichtung des Verkäufers zum Abschluß des anderen Kaufes geschlossen zu beurteilen", also eines Vertrages mit pactum de vendendo.

96) Staub, 4 Bd. 12. u. 13. Aufl. 1927, Anh. zu § 382, Anm. 15 a S. 463/464: Fehle es an einer Vereinbarung der Bestimmbarkeit über die Ersatzware und deren Preis, so habe die Umtauschabrede infolge ihre Unbestimmtheit regelmäßig keine bindende Kraft. Er bezieht sich dabei auf die Entscheidung in Striethorst Archiv Bd. 77, S. 307, wo der Umtauschkauf als Kauf auf Probe angesehen wird! Wie wir gesehen haben, ist beim Umtauschkauf aber sowohl die Ersatzware wie deren Preis immer bestimmbar.

97) Dechamps S. 57, lehnt mit Recht diese Ausdrucksweise, die den Quellen entnommen ist, mit der Begründung ab, weil unter ihr die verschiedenartigsten Fälle verstanden werden; er selbst gebraucht den Ausdruck „Eventualobligation".

98) Wächter, 2. Bd. § 33.

99) Siber, S. 64.

worden. Leonhard[100] hat diesem Rechte die zutreffendste Bezeichnung als einer „Ersetzungsbefugnis" gegeben.

Während die Ersetzungsbefugnis des Schuldners allgemein anerkannt wird, ist der Begriff der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers in der Literatur stark bestritten. Im vorigen Jahrhundert war die Ansicht Wächters maßgebend, nach der im Falle einer Schuld mit „alternativer Ermächtigung" die Ersetzungsbefugnis nur auf seiten des Schuldners denkbar sein sollte, denn bei einem „Wahlrecht" des Berechtigten höre die alternative Ermächtigung zu bestehen auf und gehe in eine alternative Verbindlichkeit über.[101]

Es ist das Verdienst Regelsbergers[102], als erster im Jahre 1878 anläßlich der Entscheidung eines der Würzburger Juristenfakultät vorgelegten praktischen Rechtsfalles die Rechtsfigur der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers aufgestellt zu haben. Er ist auch trotz der bestehenden Unterschiede gegenüber der Ersetzungsbefugnis des Schuldners von der herrschenden Meinung anerkannt worden.

Eine eingehende Stellungnahme zu den vielen für und gegen die Ersetzungsbefugnis des Gläubigers bestehenden Ansichten kann nicht Zweck unserer Aufgabe sein.[103] Eine Behandlung der Streitfrage, wenigstens in ihren wesentlichen Punkten, ist aber auch nicht zu umgehen, da die Möglichkeit dieser Konstruktion überhaupt erst Voraussetzung zur Bejahung dieser Theorie für den Kauf auf Umtausch ist.

Daß man etwas leisten kann, was man nicht schuldet, dürfte Bedenken nicht ergeben; daß aber nach der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers dieser etwas soll fordern dürfen, obwohl es gar nicht geschuldet ist, erscheint kaum denkbar.

Nach Regelsberger[104] entspricht der Befugnis des Schuldners, sich durch Leistung eines anderen Gegenstandes als des geschuldeten zu befreien, die Befugnis des Gläubigers, seine Befriedigung in einem anderen als dem (zur Zeit) geschuldeten Gegenstand zu fordern. Wie bei jener ein rechtlicher Zwang zur Annahme, bestehe bei dieser ein rechtlicher Zwang zur Hingabe an Erfüllungsstatt. Bei der alternativen Ermächtigung des Gläubigers sei die Verpflichtung des Schuldners auf zwei Leistungen, die beide in obliga-

100) Leonhard, in: Iherings Jahrbücher, Bd. 41, S. 2.

101) Wächter, 2. Bd. S. 199 .

102) Regelsberger, in: Iherings Jahrb. Bd. 16, S. 159 ff. Er wählt wie Wächter die Bezeichnung „alternative Ermächtigung".

103) Es sei auf die ausführliche Aufstellung bei Bernstein S. 65 66, Anm. 82 und auf Gernsheim S. 22—27 und S. 52—66 verwiesen.

104) Regelsberger, S. 166 168.

tione seien, gerichtet. „Bei dem Rechtsverhältnis mit alternativer Ermächtigung des Gläubigers treten zwei Obligationen heraus, jede mit einem bestimmten Leistungsgegenstand. Von beiden Obligationen kann jedoch nur eine vorhanden sein. Die zunächst entstehende, primäre Obligation erlischt, sobald sich der Gläubiger für die zweite, eventuelle entschieden hat." Beide Obligationen seien bedingt, „die primäre unter einer auflösenden, die eventuelle unter einer aufschiebenden Bedingung. Der bedingende Umstand ist für beide derselbe, sein Eintritt von der Willkür des Gläubigers abhängig." Die Folge hieraus zieht Regelsberger, wenn er sagt, daß mit eintretender Erfüllungsunmöglichkeit der zunächst geschuldeten Leistung der Schuldner nicht frei werde, der Gläubiger noch auf die zweite greifen könne.

Der Widerspruch, in den sich Regelsberger hier verwickelt, liegt klar auf der Hand. Es kann keine Rede davon sein, daß es sich bei der Ersetzungsbefugnis um zwei Obligationen handele, von denen die eine auf die Hauptleistung, die andere auf die Ersatzleistung gehe. Wenn Regelsberger von einem Zwang zur Hingabe an Erfüllungsstatt spricht, so muß doch etwas geleistet werden, was nicht geschuldet ist. Wären dagegen beide Leistungen geschuldet, so kann bei der Hingabe der Ersatzleistung nicht von einer Hingabe an Erfüllungsstatt gesprochen werden. Regelsberger scheint aber auch selbst keinen großen Wert auf seine Bezeichnung „Zwang zur Hingabe an Erfüllungsstatt" gelegt zu haben, wenn er weiter sagt: „Nur wird das juristische Wesen des Verhältnisses damit nicht weiter aufgeklärt".[105]

Im besonderen ist es Pescatore, der die Ansicht Regelsbergers bekämpft. Er[106] führt mit Recht aus: „Ist die Erfüllung der primären Leistung unmöglich geworden, so ist die auf sie gerichtete Obligation erloschen, braucht also weder erfüllt noch durch Hingabe an Erfüllungsstatt getilgt zu werden." „Erlischt die primäre Obligation durch den Eintritt einer Resolutivbedingung, so hat sie es nicht nötig, noch einmal durch Hingabe an Erfüllungsstatt zu erlöschen. Erlischt sie umgekehrt durch diese, so kann sie durch den Eintritt einer Resolutivbedingung nicht noch erloschener gemacht werden".

105) Regelsberger, S. 167.
106) Pescatore, S. 270, S. 260.

Noch in seiner neueren Monographie steht Pescatore[107] auf dem Standpunkt, daß der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers kein selbständiger Charakter zugesprochen werden könne, sie sei vielmehr ein Fall der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht. Bei beiden Arten seien mehrere nebeneinander stehende Ansprüche gegeben, die gegenseitig im Verhältnis einer „Elektivkonkurrenz" ständen, so daß der Gläubiger den einen oder den anderen nach seinem Belieben geltend machen könnte. Pescatore verkennt aber hierbei, daß die Ansprüche nicht wie bei der Wahlschuld koordiniert, sondern höchstens subordiniert sind.

Die Ansichten, die bei der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers zwei Ansprüche konstruieren wollen, treffen aber nicht das Wesen der Ersetzungsbefugnis. Diese stellt sich vielmehr als ein auf eine bestimmte Leistung gerichtetes Schuldverhältnis dar, wobei dem Gläubiger das Recht zusteht, an die Stelle der ursprünglichen Leistung eine andere zu setzen und damit den ersten Kaufgegenstand aus dem einheitlichen Schuldverhältnis ausscheiden zu lassen.

Gernsheim ist es, der zu einer Konstruktion gelangt, die den allein richtigen Weg zeigt.

Bei der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers bestehe überhaupt keine Alternative, keine zu lösende Unbestimmtheit. Es liege vielmehr ein bestimmter Anspruch, ein einfaches Rechtsverhältnis vor. „Der Verpflichtete ist nur zu der den Gegenstand des Anspruchs bildenden Leistung verpflichtet. Dem Gläubiger aber ist die Möglichkeit ein-

107) Peskatore, Die Wahlschuldverhältnisse. 1905, S. 134 u. § 32. Auf S. 277 führt er folgendes aus: „Bei der Lehre von der sog. Ermächtigung des Gläubigers bleibe nur der eine Satz übrig, daß es bei sog. Wahlschulden des Gläubigers, d. h. in Fällen, in denen mehrere Leistungen nach Wahl des Gläubigers in der Weise geschuldet werden, daß nur die eine oder die andere bewirkt werden muß, und in denen somit der Gläubiger nach seinem Belieben einen von mehreren ihm alternativ zustehenden Ansprüchen geltend zu machen in der Lage ist, einer dieser Ansprüche in erster Linie ins Auge gefaßt sein könne. In welchem Sinne das geschehen sei, ob dem eine besondere Bedeutung zukomme und eventuell welche, darüber sei aus der bloßen Tatsache, daß es geschehen sei, noch nichts zu entnehmen, Es könne damit, daß gesagt sei, es solle X und anstatt seiner auch Y verlangt werden können, nur gesagt sein, daß beide Ansprüche nicht kumulativ, sondern alternativ nebeneinander bestehen sollten". Demgegenüber ist mit Gernsheim S. 64/65 hervorzuheben ‚daß der Gläubiger nicht auf die Hauptleistung und zugleich eventuell auf die Ersatzleistung klagen kann. „Die Fakultativleistung ist überhaupt nicht (auch nicht bedingt) geschuldet. In ‚dem Augenblick aber, da sie geschuldet wird, ist die Hauptleistung nicht mehr geschuldet".

geräumt, statt dieser Leistung eine andere vom Schuldner rechtlich zu erzwingen". Der Gläubiger habe die Macht, eine Rechtsänderung ohne weiteres durch seinen Willen herbeizuführen. Diese Möglichkeit, eventuell die Ersatzleistung zu verlangen, sei noch kein Anspruch, sondern nichts weiter als die Möglichkeit, gegebenenfalls einen Anspruch zu begründen bezw. den bestehenden Anspruch zu ersetzen.[108] Die rechtliche Natur dieser Macht sei als ein Gestaltungsrecht zu bezeichnen, das einen Anspruch hervorrufen oder beseitigen könne.

Der Begriff des Gestaltungsrechtes selbst hat sich in unserer Rechtsdogmatik erst seit etwa 1900 auf Grund der Abhandlung von Zitelmann[109] „Rechte des Könnens" im „Internationalen Privatrecht" herausgebildet. Nach der herrschenden Meinung ist das Gestaltungsrecht ein Unterbegriff des subjektiven Rechts, die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehung durch einseitiges Rechtsgeschäft[110], die Rechtsmacht, durch eigene Handlung eine Veränderung in der konkreten Rechtswelt hervorzurufen. Als solche Handlung kann man entweder eine Willenserklärung verlangen oder eine rein tatsächliche Handlung genügen lassen.[111]

Die Ersetzungsbefugnis ist aber kein selbständiges, sondern ein unselbständiges Gestaltungsrecht, das auch nicht selbständig übertragbar ist, sondern dem Hauptrecht folgt, also im Zweifel auch auf den Rechtsnachfolger mit übertragen wird.

Durch die Ersetzungsbefugnis wird dem Gläubiger das Recht gegeben, an die Stelle des ersten Kaufgegenstandes auf Grund seiner Willenserklärung einen anderen zu setzen. Sollte diese Konstruktion etwa juristisch anfechtbar sein? Wohl kaum! Da jedes Schuldverhältnis stets den Zweck hat, den wirtschaftlichen Bedürfnissen oder Interessen desjenigen zu dienen, dem das Schuldverhältnis das Recht gibt, von dem anderen Teil eine Leistung zu verlangen, so kann auch der Parteiwille bewirken, daß dem Berechtigten die Möglichkeit eingeräumt wird, nach seinem Willen eine andere tendmachung dieses Gestaltungsrechtes, nämlich der Ersetzungsbefugnis, eine andere Leistung Gegenstand des Schuldverhältnisses.

Selbst wenn Pescatore recht hätte, daß das materielle Recht keinen positiven Anwendungsfall der Ersetzungsbefugnis ken- Leistung zu verlangen. Auf diese Weise wird dann durch die Gel-

108) Gernsheim, S. 22, 23, 25, 27.
109) Zitelmann, Internationales Privatrecht, I, S. 32 ff.
110) Vgl. Seckel, S. 210.
111) v. Tuhr, a. a. O. I, S. 162; Kühne, S. 34.

ne[112], so muß eine solche Vereinbarung aber auf Grund der „Gestaltungsfreiheit" rechtswirksam vereinbart werden können.[113]

Nachdem mithin die Möglichkeit einer Ersetzungsbefugnis des Gläubigers bejaht werden muß, fragt es sich nur, ob diese Rechtsfigur auch für den Kauf auf Umtausch zutrifft.

Das ist aber zu bejahen, denn gerade der Kauf auf Umtausch ist m. E. ein besonders treffendes Beispiel für diese Konstruktion. Der Käufer hat gegen den Verkäufer einen Anspruch auf Lieferung einer bestimmten Ware — auf Grund der Ersetzungsbefugnis als eines Gestaltungsrechtes hat der Käufer aber die Möglichkeit, eine andere Ware vom Verkäufer zu fordern, die im Augenblick der Umtauschausübung an die Stelle der zuerst gekauften Ware tritt. Die zweite Ware ist weder bedingt noch überhaupt geschuldet; sie wird Schuldgegenstand erst durch die einseitige Erklärung des Käufers und zwar auf Grund des ersten Kaufvertrages.

Nach Oertmann[114] könne in einzelnen Fällen, z. B. bei Fehlen des Ladenpreises, die Konstruktion als Ersetzungsbefugnis der Umtauschklausel nicht gerecht werden. Mit Recht wendet sich dagegen Lange[115], es sei nicht haltbar, „den Kauf mit Umtauschklausel bald als bedingten Kauf, bald als unbedingten Kauf mit einer dem Käufer eingeräumten facultas alternativa zu behandeln, je nachdem die einzutauschende Sache einen Ladenpreis hat oder nicht". So will Oertmann, „wenn z. B. beim Pferdekauf der Umtausch gegen ein anderes Pferd vorbehalten sei", die Ersetzungsbefugnis nicht anerkennen. Demgegenüber ist mit Dietz von Bayer[116] zu bemerken, daß „eine vorherige nähere Bestimmung des Objektes dieser eventuell auszuübenden facultas alternativa hier nicht notwendig ist, da es ja gar nicht in obligatione ist". Eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[117] führt hierzu treffend aus:

112) Vgl. aber § 249 Satz 2 BGB., der als Hauptfall der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers angesehen wird. §§ 340 Abs. 1, 538 Abs. 2, 633 Abs. 3, 843 Abs. 3, 845, 1580 Abs. 2, 250, 283 Abs. 1, 432 Abs. 1, 687 Abs. 2 Satz 1, 800 Satz 1, 844, 915 Abs. 1 Satz 1, 1077 Abs. 1 Satz 2, 1082, 1088 Abs. 3, 1217 Abs. 2 Satz 1, 1281, Satz 2, 1345, 1346, 1392 BGB.

113) So sagt auch Oertmann, Kommentar S. 70: „Die begriffliche Selbständigkeit der facultas alternativa würde auch bei Mangel eines positiven Anwendungsfalles im geltenden Recht nicht widerlegt, zumal vertragsmäßig öfter derartiges vorkommt".

114) Oertmann, a. a. O. S. 697.

115) Lange, S. 34.

116) Dietz von Bayer, S. 20.

117) Urt. d. 2. Senats vom 26. 11. 1873. i. Entsch. d. ROHG. Bd. XI, S. 437, Nr. 133.

„Bezüglich der erforderlichen Bestimmtheit des Gegenstandes ist nicht anzunehmen, daß der Beklagte (Verkäufer) sich in Ansehung des dem Kläger (Käufer) auf Verlangen zu liefernden anderen Pferdes dem willkürlichen Ermessen des Klägers habe unterwerfen wollen". Die Bestimmbarkeit des vom Verkäufer zu liefernden zweiten Pferdes ergebe sich „aus dem dem Beklagten bekannten Zwecke, zu welchem Kläger das eingetauschte Pferd benutzen wollte, und aus der Gegenleistung, welche der Beklagte seinerseits vom Kläger empfangen hatte". Falls die Parteien sich über den Preis nicht einigen könnten, sei dieser nach dem Ermessen von Sachverständigen zu bestimmen.

Der Ersatzgegenstand ist, wie bereits dargelegt, immer bestimmbar; falls der Gegenstand keinen Ladenpreis hat und die Parteien sich über diesen nicht einigen können, ist das Urteil Sachverständiger maßgebend[118].

Bernstein[119] lehnt die Ersetzungsbefugnis des Gläubigers für den Kauf auf Umtausch deshalb ab, weil seiner Meinung nach für den Anspruch des Käufers auf Lieferung der Eintauschsache ein „Mehr" an Voraussetzungen gegenüber dem Anspruch auf die auf Umtausch gekaufte Sache erfordert werden müsse. Ein Mehr an Voraussetzungen liege aber für den „sekundären" Anspruch des Gläubigers nicht vor. Einen Beweis dafür, daß dieses Erfordernis für die Ersetzungsbefugnis wesentlich sei, erbringt er aber nicht.[120]

Gernsheim[121], der in seiner tiefgründigen Dissertation zwar treffend die Ersetzungsbefugnis des Gläubigers konstruiert, unterscheidet beim Kauf auf Umtausch, ob die gekaufte Sache bereits geliefert sei oder noch gefordert werden könne. Nur in diesem Falle billigt er dem Käufer als Gläubiger eine Ersetzungsbefugnis zu. Sei die Sache aber bereits geliefert, so habe der Käufer keine Ersetzungsbefugnis und zwar deswegen, weil dann gar nicht eine geschuldete Leistung ersetzt werde. Es handele sich regelmäßig um einen Handkauf, der eine Schuld nicht in die Erscheinung treten lasse. „Erst das hierbei vertragsmäßig eingeräumte Recht, die

118) Vgl. Riebow, S. 60; Priester, S. 59, S. 62.

119) Bernstein, S. 76/77. Ihm folgen Mittelhaus, S. 61/64 und Pietrkowski, S. 37/39.

120) Moeller, S. 63 sagt hierzu: „Es ist von den Gegnern der Theorie aus dem Gesetzestext heraus und in die Lehre von der Ersetzungsbefugnis hereingelesen und willkürlich zum Bestandteil erhoben worden, ohne daß dafür ein Grund ersichtlich ist oder von ihnen sichtlich gemacht worden ist."

121) Gernsheim, S. 59, Anm. 34. Mit derf. Begründung lehnt auch Lasch S. 76 den Umtauschkauf als einer Ersetzungsbefugnis ab.

empfangene Sache gegen eine andere umzutauschen, kann zu einem Anspruch (einer Schuld) führen".[122]

Der Umstand, daß die gekaufte Sache dem Käufer bereits übergeben ist oder nicht, kann aber für die Frage, ob eine Ersetzungsbefugnis vorliegt, keine Rolle spielen. In jedem Falle ist, auch wenn der Umtauschkauf sofort erfüllt wird, die Leistung geschuldet gewesen. Nach der Ansicht Gernsheim würde überhaupt kein Kauf, sondern lediglich ein rein tatsächlicher Akt vorliegen.

Kober bei Staudinger[123] führt demgegenüber mit Recht aus: „Es kann aber nicht anerkannt werden, daß beim Handkauf etwas anderes vorliege, als ein gewöhnlicher Kaufvertrag; es wickelt sich nur das Kaufgeschäft so rasch ab, daß die Elemente zeitlich zusammenfließen". Ebenso sagt Oertmann[124], daß bei der Uebergabe der ursprünglichen Kaufsache ja gerade die Ersetzungsbefugnis vereinbart sei, „sie kann also im Sinne der Parteien nicht durch denselben Uebergabeakt wieder konsumiert werden". „Gerade der Umstand, daß die Ersetzungsbefugnis auch nach erfolgter Lieferung noch geltend gemacht werden kann, trennt diese Rechtsfigur ja auch vom Wahlschuldverhältnis, wo das nicht möglich ist".[125]

Wie sollte sich die Rechtslage gestalten, wenn der Umtausch überhaupt erst einige Zeit nach Lieferung der Sache vereinbart worden wäre? Daß dann noch ein Wahlschuldverhältnis vorliegen sollte, werden die Anhänger dieser Theorie nicht behaupten wollen. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden vom 15. 3. 1905[126] sagt zutreffend, daß „die Rechtslage, die durch die nachträgliche Umtauschvereinbarung zwischen den Parteien geschaffen wurde, im wesentlichen dieselbe ist, wie wenn sie schon bei Abschluß des Kaufvertrages den Umtausch vereinbart hätten". Auch bei einer nachträglichen Umtauschvereinbarung begründet sich das Recht des Käu-

122) Riebow, S. 62, legt die Meinung Gernsheims als einen „Vorvertrag zu einem Tausch" mit den sich daraus ergebenden Bedenken aus.

123) Staudinger, § 433, I b; siehe auch Enneccerus § 324, I, Warneyer, § 433, I.

124) Oertmann, in: Seuff. Bl. f. R. A. Bd. 71, S. 696.

125) Riebow, S. 60.

126) In gerichtl. Entsch. d. 1. Jahrz. d. BGB. über d. Viehkauf bei Stölzle 1910, S. 99. (Seuff. Arch. Bd. 61, S. 271, Nr. 144): Allerdings hat bei dieser Rechtslage unbeachtet zu bleiben das Wandlungsverlangen des Käufers, denn durch die nach Erhebung des Wandlungsanspruches getroffene Umtauschvereinbarung wird der Kauf nicht zum Kauf auf Umtausch; es handelt sich dann vielmehr um eine Vereinbarung über eine Veränderung der Mängelansprüche.

fers, an Stelle des ursprünglichen Kaufgegenstandes die Lieferung einer anderen Sache zu verlangen, nicht auf einen neuen Vertrag, „sondern auf den ursprünglichen Kaufvertrag, der durch die Umtauschvereinbarung nur seinem Inhalte nach, nämlich hinsichtlich des Kaufgegenstandes, abgeändert ist".

Schließlich lehnt auch Reichel[127] den Umtauschkauf als eine Ersetzungsbefugnis des Gläubigers ab. Nach seiner Ansicht „gehört der Umtauschkauf in das Gebiet derjenigen Schuldinhaltsänderung, welche ausnahmsweise nicht durch Parteivertrag, sondern durch einseitigen Gestaltungsakt bewirkt wird". Er geht davon aus, daß der Begriff der „facultas alternativa des Gläubigers" nur dann einen klaren Sinn haben könne, wenn er sich als genaues Gegenstück zur „facultas alternativa debitoris" darstelle.[128] Während diese das Recht (Gestaltungsrecht) des Schuldners bedeute, eine nicht geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt anbieten und notfalls aufdrängen zu können (ius offerendi), sei unter der facultas alternativa creditoris das Recht des Gläubigers zu verstehen, eine ihm nicht geschuldete Leistung auch gegen den Willen des Schuldners an Erfüllungsstatt nehmen zu können.[129] Beim Umtauschkauf werde aber nicht ein indibitum b statt des debitum a einseitig genommen, sondern es werde die auf a gerichtete Schuld durch gläubigerischen Gestaltungsakt in eine fortab auf b — und nur auf b —

127) Reichel in Rechtswiss. Studien Heft 21, 1924. Geleitwort zu Riebows Diss. „Der Kauf auf Umtausch". Siehe auch Reichel in Rechtswiss. Studien Heft 22. 1924. Geleitw. zu Bosses Diss. „Die Ersetzungsbefugnis".

128) Siber sagt mit Recht in seinen interessanten Ausführungen über die facultas alternativa des Gläubigers in der „Kritischen Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft" Bd. 46, S. 538: „Diese Ausführungen leiden m. E. vor allem daran, daß sie das thema probandum, nämlich die angeblich möglichst genaue Analogie zur facultas alternativa des Schuldners, zum Ausgangspunkt nehmen, und, da das Gesetz sie nirgends vorschreibt, die Fälle einer darauf gerichteten Vereinbarung zur Konstruktionsbasis machen". Während Siber in „Der Rechtszwang im Schuldverhältnis" 1903, S. 64, § 10 Anm. 2 die facultas alternativa des Gläubigers mit der Wahlschuld mit Gläubigerwahl identifiziert, leugnet er hier S. 550 lediglich den angeblichen Parallelismus zwischen der fac altern. d. Gläubigers u. d. d. Schuldners u. schlägt S. 551 vor, bei der fac. alt. des Gl. etwa von einer Sukzessivschuld zu sprechen.

129) Reichel, a. a. O. bezeichnet als Beispiele hierfür die Gläubigeraufrechnung, die Forderungsüberweisung an Zahlungsstatt sowie die Zwangsüberweisung gepfändeter Fahrnis auf einseitigen Gläubigerantrag.

gerichtete Schuld umgewandelt; die Leistung b werde zur geschuldeten, und die Leistung a höre auf, geschuldet zu sein.

Kober bei Staudinger[130] billigt in seiner neuesten Auflage diese Ansicht Reichels, „daß das Recht des Käufers hier zutreffender nicht als facultas alternativa, sondern mehr nach Art eines Gestaltungsrechtes aufzufassen sei in dem Sinne, an Stelle der auf die ursprüngliche Kaufware gerichteten Lieferungsschuld eine auf eine Ersatzware gerichtete Lieferungsschuld zu setzen. Die ursprüngliche Ware ist und bleibt in erster Reihe geschuldet, die Ersatzware ist eventuell geschuldet".

Eine nähere Begründung dafür, daß der Umtauschkauf „ein bestimmt gearteter Unterfall" der Denkfigur „Eventualschuld" sei, hat Reichel bisher nicht gegeben, ebenso enthält sich Staudinger überhaupt jeder Begründung.

Interessant ist, daß Reichel fast dieselben Worte wie Regelsberger[131] gebraucht: „Die ursprüngliche Ware ist also primär, die Ersatzware ist eventuell geschuldet. Die Erklärung des Umtauschverlangens bringt die primäre Schuld des Verkäufers zum Erlöschen (auflösende Bedingung) und macht zugleich die bisher aufschiebend bedingte Eventualschuld zur aktuellen".

Damit werden aber auch wieder die Bedenken rege, die bei der Konstruktion Regelsbergers, die Reichel nur mit einem anderen Namen bezeichnet, auftauchten. Wie bereits dargetan ist, handelt es sich beim Umtauschkauf gar nicht um ein bedingtes Schuldverhältnis; es liegt vielmehr ein unbedingter Kaufvertrag über die erste Ware vor, die zweite Ware ist weder bedingt noch eventuell, sie ist zunächst überhaupt nicht geschuldet. Das in der Ersetzungsbefugnis dem Käufer eingeräumte Gestaltungsrecht ermöglicht es diesem, durch seine einseitige Erklärung, erst einen Anspruch auf die zweite Ware zu erzeugen, diesen an die Stelle der ersten Ware zu setzen und damit den ursprünglichen Vertrag abzuändern. Die kurzen bedenklichen Ausführungen Reichels können uns daher in unserer Ansicht, daß der Kauf auf Umtausch ein Fall der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers ist, nur bestärken.[132]

130) Staudinger, II. Bd., 2. Teil, 9. Aufl. 1928. zu § 495, 3 b S. 256, 257.

131) Regelsberger, in: Iherings Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 16, S. 167: „Die zunächst entstehende, primäre Obligation erlischt, sobald sich der Gläubiger für die zweite, eventuelle entschieden hat. Beide Obligationen gehen daher aus dem begründenden Rechtsverhältnis als bedingte hervor, die primäre unter einer aufhebenden, die eventuelle unter einer aufschiebenden Bedingung".

132) Siehe auch Moeller, S. 58, S. 60.

An das Ende unserer Betrachtungen der über den Kauf auf Umtausch bestehenden Theorien angelangt, stellen wir folgendes Ergebnis fest: Der Kauf auf Umtausch stellt sich dar als ein unbedingter Kaufvertrag mit einer in der Umtauschklausel liegenden Ersetzungsbefugnis des Käufers als Gläubiger.

Diese Konstruktion wird als einzige infolge ihrer einfachen praktischen Durchführbarkeit dem Wesen des Umtauschkaufes und den Parteiinteressen gerecht. Der Verkäufer hat in jedem Falle einen Anspruch auf Zahlung eines Betrages, der mindestens dem Kaufpreis für die erste Ware entspricht. Der Käufer hat auf Grund der ihm durch die Umtauschklausel gewährten Ersetzungsbefugnis das Recht, gegen Rückgabe bezw. Rückgabeangebot des ersten Gegenstandes von dem Verkäufer die zweite Ware zu verlangen.

Um die vielen in der Theorie über die rechtliche Natur des Kaufes auf Umtausch bestehenden Zweifel und die sich daraus in der Praxis ergebenden Streitfragen zu beseitigen und eine Einhelligkeit zu erzielen, dürfte eine gesetzliche Vorschrift erforderlich sein, die erkennen läßt, wie das Rechtsverhältnis juristisch zu beurteilen ist. Ich schlage folgende Fassung vor:

> Der Kauf auf Umtausch ist ein unbedingter Kaufvertrag in Verbindung mit einer Ersetzungsbefugnis des Käufers als Gläubiger.

III. Einzelfragen.

Nachdem wir die rechtliche Natur des Umtauschkaufes als eines Kaufes mit Ersetzungsbefugnis des Käufers als Gläubiger erkannt haben, muß noch auf einige Nebenfragen eingegangen werden, die sich unter Zugrundelegung dieser Theorie ergeben.

1. Eigentumsübertragung.

Die Frage, ob das Eigentum an der zuerst verkauften Ware, die grundsätzlich dem Käufer übergeben sein wird, beim Verkäufer verblieben oder bereits auf den Käufer übergegangen ist, beantwortet sich schon aus der von uns vertretenen Theorie. Da danach ein unbedingter Kaufvertrag vorliegt, ist das Eigentum auch auf den Käufer übergegangen. Die Parteien sind sich darüber einig, daß die erste Ware zunächst einmal Erfüllungsobjekt des Umtauschkaufes sein soll. Wenn der Verkäufer sein Umtauschrecht dadurch ausübt, daß er die erste Ware dem Verkäufer zurückgibt, bezw. zur Rücknahme anbietet und gleichzeitig eine zweite Ware fordert, geht das Eigentum an der ersten Ware wieder auf der Verkäufer über, und

der Käufer seinerseits wird mit dem Empfang der Ersatzware deren Eigentümer.

Nach der Ansicht Bernsteins[1], die wir bereits gewürdigt haben, ist der Verkäufer trotz der erfolgten Uebergabe der Sache an den Käufer Eigentümer geblieben. Der Käufer wird seiner Meinung nach erst dann Eigentümer, wenn er erkläre, die Sache behalten zu wollen oder wenn er die Sache nicht binnen angemessener Frist zurückgäbe. Riebow[2] glaubt diese Auffassung dadurch ad absurdum führen zu können, daß er dem Käufer, der die Sache vor Ablauf der Umtauschfrist ohne Mitteilung an den Verkäufer einem Dritten verkaufe, der objektiven Unterschlagung für schuldig hält! Davon kann doch aber keine Rede sein. Wenn „der Käufer bei Uebergabe der Sache das Eigentum noch nicht erwerben will", sich vielmehr hierüber erst erklären soll, so gibt er diese Erklärung doch eindeutig durch sein in dem Verkauf der Sache liegendes konkludentes Verhalten ab. Der Käufer will aber schon bei Uebergabe der Sache das Eigentum erwerben, er will hinsichtlich der sich aus dem Kaufvertrage ergebenden Rechte und Pflichten so gestellt sein, als ob ein Kauf ohne die Umtauschklausel abgeschlossen worden wäre.

Auch die Meinung Oertmanns[3] „vielfach werde die Ansicht zutreffen, daß der Verkäufer das Eigentum der Ware nur unter der auflösenden Bedingung übertragen habe, daß von der Umtauschklausel tatsächlich Gebrauch gemacht werde", dürfte nicht zutreffen. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Verkäufer nicht das Eigentum übertragen wollte — ist doch Voraussetzung für die Lieferung der zweiten Ware die Rückgabe des zuerst gekauften Gegenstandes.

Falls das Eigentum nicht durch Uebergabe der Sache, sondern gemäß § 930 BGB. durch constitutum possessorium auf den Käufer übergegangen ist, wird der Käufer Eigentümer der zweiten Ware mit deren Empfang, während das Eigentum an dem ersten Kaufgegenstand gemäß § 929 Satz 2 BGB. wieder auf den Verkäufer übergeht.

Von Bedeutung wird die Frage des Eigentumsüberganges dann, wenn der Verkäufer im Vertrauen auf die Redseligkeit des Käufers diesem die Ersatzware bereits übergeben hat, ohne seinerseits die ersteWare erhalten zu haben, und der Käufer deren Herausgabe später verweigert. Die Möglichkeit, gegen den Käufer die rei vindicatio gemäß § 985 BGB. geltend zu machen, scheidet nach der

1) Bernstein, S. 61.
2) Riebow, S. 63/64; dieser Ansicht folgt Moeller S. 66.
3) Oertmann, a. a. O. S. 698.

2. Gefahrtragung.

Wie die Frage nach dem Eigentumsübergang aus dem Wesen des Umtauschkaufes gefolgert und in bejahendem Sinne beantwortet worden ist, so ist auch die Gefahr der zuerst gekauften Sache durch ihre Uebergabe an den Käufer auf diesen gemäß § 446 BGB. übergegangen.

Geht die Sache bereits vor Uebergabe an den Käufer infolge eines Umstandes unter, den er nicht zu vertreten hat, so ist es eine notwendige Folge des festgestellten Begriffes der Schuld mit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers, daß der Schuldner völlig frei wird, da seine alleinige Verpflichtung gemäß § 275 BGB. erlischt.

Ist umgekehrt die dem Käufer übergebene Sache bei diesem untergegangen, so erlischt damit die Möglichkeit des Käufers, von seinem Umtauschrecht Gebrauch zu machen, da er nicht mehr in der Lage ist, die Sache dem Verkäufer zurückzugeben.

Auch nach Oertmann[4] „befreit zufälliger Untergang des alten Schuldobjektes vor Ausübung der Substitutionsbefugnis den Schuldner, da es fortan an einem umänderbaren Schuldverhältnis hier vertretenen Auffassung aus. Der Verkäufer ist vielmehr auf die Bereicherungsklage angewiesen, und zwar kann er nach § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB. den auf Umtausch gekauften Gegenstand wegen Fortfalls des Rechtsgrundes kondizieren (condictio ob causam finitam).

4) Oertmann, a. a. O. S. 699.

fehlt".[5] Unerheblich ist es hierbei, ob den Käufer ein Verschulden an dem Untergang der Sache trifft oder nicht.[6]

Der Käufer hat die Gefahr bis zur Rückgabe des Kaufgegenstandes an den Verkäufer zu tragen. Maßgebend ist nicht seine Erklärung, umtauschen zu wollen, sondern die tatsächliche Rückerstattung der Sache an den Verkäufer. Hat also z. B. der Verkäufer auf den Wunsch des Käufers diesem eine zweite Ware geliefert, ohne die erste zurückerhalten zu haben, und diese geht jetzt zufällig bei

5) Moritz, S. 30 will durch ein Beispiel beweisen, daß bei zufälligem Unmöglichwerden der Leistung die von ihm beim Umtauschkauf vertretene Ansicht als eines Wahlschuldverhältnisses im Gegensatz zur Ersetzungsbefugnis „den Anschauungen des praktischen Lebens" entspreche. Er sagt: „Wenn ich mir ein bestimmtes Exemplar von Schillers Werken kaufe und vereinbare, dieses eventuell gegen ein ebensolches von Goethes Werken umtauschen zu dürfen, so soll ich nach der Theorie der Ersetzungsbefugnis in dem Falle, daß die Leistung des bestimmten Exemplars von Schillers Werken unmöglich wird, Goethes Werke nicht verlangen dürfen. Das ist ein Ergebnis, welches dem Laien nicht einleuchten wird. Wenn ich Schiller bekomme, soll ich dafür sogar Goethe umtauschen dürfen; wenn ich Schiller aber nicht erhalte, soll ich nicht einmal Goethe beanspruchen können". Dieses Beispiel beweist aber im Gegenteil wieder, daß die von uns vertretene Ansicht der Ersetzungsbefugnis allein zu billigen, „den Anschauungen des praktischen Lebens" entsprechenden Ergebnissen führen kann. Moritz unterläßt es, in diesem Zusammenhange auf die Folgen einzugehen, die sich bei zufälligem Unmöglichwerden der Leistung beim Wahlschuldverhältnis ergeben. Hier beschränkt sich gemäß § 265 BGB. das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen. Geht also das Schillerwerk unter, so beschränkt sich das Wahlschuldverhältnis auf den Goetheband, und der Käufer hat nunmehr den Goetheband abzunehmen. Sollte es wirklich „den Anschauungen des praktischen Lebens" entsprechen, wenn ein Käufer, der einen Schillerband wünscht, bei dessen zufälligen Untergang nunmehr verpflichtet sein soll, einen Götheband zu nehmen? Allerdings „nimmt der gewöhnliche Sterbliche für sein Geld lieber auch eine ihm nicht ganz zusagende Leistung, als daß er völlig leer ausgeht" (Moritz, S. 35). Damit hat Moritz gewiß Recht. Aber die Tatsache, daß der Käufer „eine ihm nicht ganz zusagende Leistung" zu nehmen hat, richtet die Konstruktion als eines Wahlschuldverhältnisses. Bei der Ersetzungsbefugnis dagegen werden in einem solchen Falle sowohl Verkäufer wie Käufer frei; diesem bleibt es unbenommen, das bestimmte Schillerexemplar gegebenenfalls bei einem anderen Verkäufer zu erstehen.

6) Riebow, S. 66; Lasch, S. 96. Anderer Meinung: Lindemann-Soergel § 351, Ziff. 5, der § 351 BGB. analog anwenden und dem Verkäufer das Recht, den Umtausch abzulehnen, nur dann zubilligen will, wenn der Käufer die Verschlechterung oder den Untergang der Sache verschuldet hat. Diese Ansicht kann bei unserer Konstruktion nicht gebilligt werden; der Käufer hat die Sache in unversehrtem Zustand zurückzugeben.

dem Käufer unter, so trägt der Käufer als Eigentümer trotz des scheinbar erfolgten Umtausches weiter die Gefahr der ersten Sache. Der Umtausch war in Wahrheit noch garnicht vollzogen, da es an dem Erfordernis der Rückgabe der ersten Ware durch den Käufer fehlte. Der Verkäufer kann jetzt seinerseits die bereits gelieferte zweite Ware vom Käufer zurückverlangen, dieser kann sein Umtauschrcht nicht mehr geltend machen.

Geht die Ersatzware noch vor Rückgabe der ersten Sache beim Käufer unter, so wird man mit Lasch[7] annehmen müssen, daß der Käufer gegenüber der Klage des Verkäufers nicht den Wegfall der Bereicherung wird geltend machen können; der Käufer hat auch hier die Gefahr des zufälligen Unterganges zu tragen (§ 819 Abs. 1, § 990 Abs. 2, § 284 BGB.).

Wenn der Käufer dagegen dem Verkäufer die erste Ware zwecks Umtausch angeboten und der Verkäufer sich ohne Grund geweigert hat, die Kaufsache zurückzunehmen, so gerät der Verkäufer in Annahmeverzug, und der Käufer hat in analoger Anwendung von § 300 BGB. nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.[8] Geht also die Sache zufällig beim Käufer unter, so kann er trotzdem die Ersatzware vom Verkäufer verlangen, ohne daß diesem etwa ein Schadensersatzanspruch gegen den Käufer gegeben wäre.

Gerät der Käufer mit der Rückgabe in Verzug, so wird der Verkäufer auf Erfüllung und gegebenenfalls auf Verzugsschaden gemäß § 286 Abs. 1 BGB. bestehen können. Falls die Rückgabe infolge des Verzuges kein Interesse mehr für ihn hat, so kann der Verkäufer vom Käufer nach § 286 Abs. 2 Satz 1 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

3. Mängelhaftung.

Ist der Käufer, falls die erste Kaufsache bereits bei Uebergabe an den Käufer mangelhaft war, lediglich auf sein Umtauschrecht beschränkt oder ist er auch als berechtigt anzusehen, Gewährleistungsansprüche nach §§ 459 ff. geltend zu machen? Der Wille der Parteien wird in der Regel dahin gehen, daß durch die Vereinbarung des Umtausches die Geltendmachung von Mängelansprüchen nicht ausgeschlossen wird. „Es ist Sinn des Umtauschkaufes, dem Käu-

7) Lasch, S. 97/89.

8) So im Ergebnis: Bernstein, S. 62/63, Anm. 69; Lasch, S. 96/97; Riebow S. 67; Moeller, S. 69; Ritter § 377, Anm. 18 d S. 593; Düringer-Hachenburg, Bd. 3, S. 239, VIII B Anm. 290, 1; Staub 12 u. 13. Aufl. 4. Bd. 1927 Anhang zu § 382 Anm. 15 a S. 463; KG. in „Recht" 1907, S. 1257, Nr. 3066.

fer ein „Mehr" zuzubilligen, zu seinen sonstigen Rechten tritt das Umtauschrecht.[9] Natürlich kann der Käufer auch auf seine Gewährleistungsansprüche verzichten, doch muß dieser Verzicht deutlich zum Ausdruck gekommen sein.[10]

Anders liegt der Fall, wenn zunächst ein einfacher Kaufvertrag abgeschlossen worden ist, und erst nachträglich der Verkäufer mit dem Käufer, der infolge Mangelhaftigkeit der ersten Sache Gewährleistungsansprüche bereits erhoben hatte, die Vereinbarung trifft, daß die mangelhafte Sache gegen eine fehlerfreie umgetauscht werden solle. Hier meint das Oberlandesgericht Dresden[11], daß der Wandlungsberechtigte „zwar nicht endgültig auf das von ihm behauptete Wandlungsrecht gegen das Umtauschversprechen des Gegners verzichtet, wohl aber diesem das Recht eingeräumt habe, die Wandlung durch Lieferung einer fehlerfreien Kaufsache abzuwenden". Es ist einmal Riebow[12] Recht zu geben, daß eine solche Vereinbarung niemals imstande ist, den ihr zugrunde liegenden Kauf zum Kauf auf Umtausch zu machen; es handelt sich hier vielmehr lediglich um eine Vereinbarung über eine Veränderung der Mängelansprüche. Andererseits wird man Bernstein[13] insoweit folgen müssen, als in dieser nachträglichen Vereinbarung ein Verzicht des Käufers auf Geltendmachung seines Wandlungsanspruches erblickt werden muß, da es Zweck dieser Vereinbarung ist, endgültige Klarheit über das zu schaffen, was der Käufer soll verlangen können.

Ist die Ersatzware mit einem Mangel behaftet, so stehen dem Käufer die Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 459 ff. BGB. zu. Da das Umtauschrecht erloschen ist, kann der Käufer nicht etwa auf

9) Moeller, S. 71; ebenso Bernstein, S. 88 89. Mittelhaus, S. 72; Kraus, S. 77; Priester, S. 77/78; Riebow, S. 67; Laich, S. 98/99, Pietrkowski, S. 62/63 vertritt diesen Standpunkt mit der Einschränkung, daß der Käufer nach Ablauf der Umtauschfrist nicht mehr das Recht habe, Wandlung oder Minderung zu verlangen. Dem kann aber nicht beigetreten werden. Es können sich sehr wohl — auch ohne daß der Käufer arglistig getäuscht worden ist — Mängel erst nach Ablauf der Frist zeigen. Es wäre unbillig, in diesem Falle dem Käufer die Gewährleistungsansprüche zu versagen.

10) JW. 1922, S. 1462[6]: Damit, daß der Umtauschklausel die Einschränkung zugesetzt wird, der Verkäufer hafte nicht für Schadensersatz wegen mangelhafter Lieferung, wird die Wandlung nicht ausgeschlossen, weil Haftungsbeschränkungen deutlich sein müssen.

11) Entsch. d. OLG. Dresden vom 15. III. 1905 in Seufferts Arch. Bd. 60. S. 274, Nr. 144.

12) Riebow S. 68, Anm. 42.

13) Bernstein, S. 88; ihm folgen Mittelhaus, S. 73; Pietrkowski, S. 64. Priester, S. 79.

die erste Sache zurückgreifen. Dem Käufer die gesetzlichen Ansprüche deswegen zu versagen, weil er bereits die erste Sache ihrer Mangelhaftigkeit wegen zurückgegeben habe und sich eine mangelfreie hätte aussuchen können, kann nicht angehen. Mit dem vollzogenen Umtausch ist die zweite Ware allein Inhalt des Kaufvertrages geworden, und der Käufer muß nach allgemeinen Grundsätzen in der Lage sein, Ansprüche wegen etwa auftretender Mängel geltend zu machen.

Schließlich ist hier noch der Fall zu behandeln, daß der Käufer dem Verkäufer die zuerst gelieferte Ware bei Vornahme des Umtausches als mangelhafte zurückgibt. Daß dem Verkäufer Gewährleistungsansprüche nicht zustehen, wenn der Mangel bereits bei Lieferung an den Käufer vorhanden war, liegt auf der Hand. Es kann nur daran gedacht werden, daß die Ware erst nach erfolgter Uebergabe beim Käufer mangelhaft geworden ist.

Da die Rückgabe der ersten Ware an den Verkäufer lediglich ein tatsächlicher Vorgang ist, so können diesem Gewährleistungsansprüche nicht zustehen. Der Käufer hat die Sache in dem Zustand dem Verkäufer zurückzugeben, in welchem sie sich zur Zeit der Uebergabe an den Käufer befunden hat. Ist dieser hierzu nicht in der Lage, so braucht der Verkäufer die Sache nicht zurückzunehmen, und es hat damit sein Bewenden; der Käufer kann sein Umtauschrecht nicht ausüben.

Die Frage darauf abzustellen, ob der Käufer die wesentliche Verschlechterung — nur dann soll scheinbar der Umtausch ausgeschlossen sein — verschuldet hat, wie Lindemann-Soergel[14] es in analoger Anwendung von § 351 BGB. tut, entspricht nicht dem Wesen des Umtauschkaufes, im besonderen nicht dem der Ersetzungsbefugnis, ganz abgesehen davon, daß der bereits durch die Umtauschklausel verpflichtete Verkäufer dadurch unbilligerweise benachteiligt würde. Der Umtausch ist ausgeschlossen, „wenn die auf Umtausch gekaufte und dem Käufer übergebene Sache bei diesem durch Zufall untergegangen oder verschlechtert worden ist."[15]

Stellt der Verkäufer erst nach Lieferung der zweiten Ware und Rücknahme der ersten fest, daß diese sich nicht „in unversehrtem Zustande" befindet, so wird man dem Verkäufer auf Grund der

14) Lindemann-Soergel, § 351, Ziff 5. Denselben Standpunkt vertritt Oertmann, a. a. O. S. 699, soweit die Vertragsauslegung nicht zu diesem scharfen Ergebnis — daß es dahingestellt sein könne, worin die Beschädigung der Sache ihren Grund habe — führt.

15) Bernstein, S. 84.

Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.) den Anspruch auf Rückgabe des Ersatzgegenstandes gegen Aushändigung der ersten mangelhaften Sache zubilligen müssen.

Beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen könne der Verkäufer nach Riebow[16] auch gemäß §§ 123, 119 Abs. 2 BGB. die Eigentumsübertragung anfechten und damit die Eigentumsklage gegen den Käufer anstrengen.

4. Umtausch durch einen Dritten.

Da in vielen Fällen nicht der Käufer selbst, sondern ein Dritter, für den der Käufer die Sache besorgt oder als Geschenk bestimmt hat, den Umtausch vornehmen wird, fragt es sich, welche rechtliche Grundlage es dem Dritten gestattet, das Umtauschrecht auszuüben.

Auszuscheiden haben die Fälle, in denen Kinder oder Dienstboten, die nicht selbständig auftreten, sondern nur als Boten in Frage kommen, die Sache umtauschen oder der Käufer durch einen bevollmächtigten Dritten den Umtausch vornehmen läßt. In letzterem Falle kommen die Vorschriften über die Stellvertretung nach § 164 BGB. in Betracht.

Eine solche kann aber nicht vorliegen, wenn der Dritte als jetziger Eigentümer der Sache von dem dem Käufer gewährten Umtauschrecht Gebrauch macht. Der Käufer will weder unmittelbar für den Dritten, den er beschenken will, den Gegenstand erwerben noch handelt er innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht, denn gewöhnlich weiß ja der Dritte nach gar nicht, daß er beschenkt werden soll. Der Käufer beabsichtigt, alle sich aus dem Kaufvertrage ergebenden Rechte und Pflichten für sich selbst zu erwerben. Er kann ja z. B. später seine Absicht, die gekaufte Sache dem in Aussicht genommenen Dritten zu schenken, ändern und will dann natürlich auch berechtigt sein, selbst den Umtausch vorzunehmen.

Auch ein Handeln als Geschäftsführer ohne Auftrag gemäß § 677 BGB. kann nicht in Betracht kommen, da der Käufer gar nicht die Absicht hat, ein fremdes Geschäft zu besorgen, sondern die Sache vielmehr zunächst für sich selbst erwerben will.

Ebensowenig ist ein Versprechen der Leistung an einen Dritten oder ein Vertrag zugunsten eines Dritten als vorliegend zu erachten. Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt zwar im § 328 Abs. 1, den Bedürfnissen des modernen Rechtslebens Folge gebend, allgemein, daß ein Vertrag mit der Wirkung geschlossen werden kann, daß der Dritte ohne seinen Beitritt oder seine Annahmeerklärung „unmittel-

16) Riebow, S. 69/70; Moeller S. 73.

bar" das Forderungsrecht auf die Leistung erwirbt. Das Gesetz überläßt er der Auslegung im einzelnen Falle, ob von den Vertragschließenden wirklich die unmittelbare Klageberechtigung auf die Leistung für den zum Vertrage nicht zugezogenen Dritten gewollt ist.[17]

Hat der Verkäufer auch bei Kaufabschluß seine Absicht, die gekaufte Sache einem anderen zu schenken, zum Ausdruck gebracht, so wäre dieser Umstand für sich allein noch nicht entscheidend. Denn die Erwähnung des Dritten ist nicht causa, sondern nur Motiv bei Abschluß des Kaufvertrages. Dem Dritten einen Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen den Käufer zu gewähren, der inzwischen vielleicht seine Schenkungsabsicht fallen gelassen hat, wird nicht Absicht der Parteien sein. Der Besitz der Sache ist aber für den Dritten Voraussetzung zur Ausübung des Umtauschrechtes. Da die Ersetzungsbefugnis selbst als ein unselbständiges Gestaltungsrecht nicht selbständig übertragen werden kann, dürfte auch die Meinung Oertmanns[18], der die Möglichkeit für den Dritten, aus der Klausel ein neues selbständiges Recht zu erwerben, aus der Möglichkeit der Verträge auf Leistung an Dritte „mit Sicherheit a fortiori" folgert, nicht zutreffen.

Auch die Ansicht, daß der Käufer das Umtauschrecht wie jedes andere Recht gemäß §§ 398, 413 BGB. zedieren könne, wird man nicht als unbedingt zutreffend bezeichnen können. Wenn z. B. der Käufer die Kaufsache einem Dritten mit der ausdrücklichen Erklärung, das Umtauschrecht nicht mit zu übertragen, schenkt oder wenn ein Nichtberechtigter in den Besitz der Sache gelangt ist und nunmehr vom Verkäufer den Umtausch begehrt, dürfte wohl kaum eine Möglichkeit bestehen, den Dritten von dem Umtausch abhalten zu können. Der Verkäufer seinerseits, der gewöhnlich die Person des Käufers überhaupt nicht kennt und weder verpflichtet ist noch selten in der Lage sein wird, die Legitimation der Umtausch begehrenden Person nachzuprüfen, wird anstandslos den Umtausch vornehmen.

Das Umtauschrecht ist nach der Verkehrsanschauung mit dem Besitz der Ware so eng verknüpft, daß es von dem Besitz der Ware abhängig ist.[19] Somit hat der Besitz der Umtauschsache legitimierende Kraft oder wie Moeller[20] sagt: „Der eintauschbare Gegenstand hat

17) Soergel, 1. Bd. § 328, 1; Riebow, S. 74; Lasch, S. 10; Moeller, S. 75.

18) Oertmann, in: Seuff. Bl. f. R. A. Bd. 71. S. 697, Riebow, S. 74 stimmt dieser Ansicht zu .

19) Lasch, S. 102.

20) Moeller, S. 76/78; ähnlich Priester S. 15.

tatsächlich die Funktion eines Legitimationspapiers". „Der Uebergang des Umtauschrechtes kommt also in der Wirkung einem ipso-iure-Uebergang bei Uebertragung der Kaufsache gleich".

Lebenslauf.

Ich, August Gerhard Martin Woysch, wurde am 24. Mai 1899 als Sohn des Kaufmanns August Woysch und seiner Ehefrau Anna-Pauline, geb. Schirmer, zu Neusalz (Oder) geboren. Ich bin ev.-luth. Bekenntnisses und besitze die preußische Staatsangehörigkeit. Meine Schulbildung erhielt ich zunächst in der Volksschule zu Neusalz (Oder) und später auf dem Realprogymnasium daselbst. Von Ostern 1912 besuchte ich bis zur Reife das Friedrich-Wilhelm-Gymnasium zu Grünberg i. Schles., das ich im August 1917 verließ, um als Fahnenjunker in das Heer einzutreten. Ich wurde Offizier und gehörte der Reichswehr an.

Nach meinem Abschied aus dem Heeresdienst studierte ich an der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau die Rechts- und Staatswissenschaften. Am 2. Mai 1927 legte ich am Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung ab. Am 28. Juli 1927 bestand ich vor der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau das juristische Doktorexamen.